Die Einwilligung im kommenden Strafrecht

Abhandlung

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

vorgelegt von

Heinzrichard Cron.

1939

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Angenommen auf Bericht der Professoren Dr. Hellmuth von Weber und Dr. Alexander Graf zu Dohna.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546406_0155

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
1. Teil:	Der Streit und die Wirksamkeit der Einwilligung im Strafrecht und die Stellungnahme des Gesetzgebers dazu	1
2. Teil:	Überblick über die bisherige Behandlung des Einwilligungsproblems	7
3. Teil:	Die Bedeutung der Einwilligung bei den einzelnen Delikten, insbesondere bei Körperverletzung, Tötung, Ehrverletzung und Sachbeschädigung . . .	13
4. Teil:	Beschaffenheit und Erfordernisse einer wirksamen Einwilligung	37

Schrifttum.

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, allgemeiner Teil, 9. Aufl. Leipzig 1934.

von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band III, Berlin 1909.

— Begründung zum amtlichen Entwurf. Berlin 1925.

Beling, Grundriß des deutschen Strafrechts, allgemeiner Teil. Leipzig 1907.

— Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.

— Die Normen und ihre Übertretung, Band I. Leipzig 1890.

Binding-Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, 2. Aufl. Leipzig 1922.

Boehlau, Volenti non fit iniuria, Goldt.Arch. Band 5, S. 489 ff.

Breithaupt, Volenti non fit iniuria. Berlin 1891.

van Calker, Strafrecht, 2. Aufl. München 1924.

Dahm, Strafrechtlicher Ehrenschutz der Familie, Jur. Wochenschrift 1936, S. 2297 ff.

— Der Ehrenschutz der Gemeinschaft in Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach: Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft.

— Gesetz und Richterfreiheit. Halle 1932.

— Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht. Berlin 1935.

— Verbrechen und Tatbestand. Berlin 1935.

Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen, Deutschen Strafrechts.

Denkschrift des Preußischen Justizminister. Berlin 1933.

Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung. Berlin 1925.

Engisch, Ärztliche Eingriffe zu Heilzwecken und Einwilligung in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 58, S. 1 ff. Berlin 1937.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. Gießen 1847.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904.

— Die Strafgesetznovelle vom 26. 5. 33 in Ger. Saal, Band 103, S. 230 ff.

Frank, R., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1932.

Freiesleben, Kirchner, Niethammer, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der seit dem 1. 9. 1935 gültigen Fassung. Berlin 1936. (Nachtrag zum Olshausen'schen Kommentar).

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht 1. Aufl. Berlin 1922, 2. Aufl. 1932.

— Die Selbstverletzung und die Einwilligung des Verletzten in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, allgemeiner Teil, 1908, Band II S. 487 ff.

— Einige Bemerkungen zur Beleidigungslehre im geltenden und künftigen Strafrecht in Ger. Saal, Band 110, S. 9 ff.

Gürtner, Das kommende Deutsche Strafrecht, allgemeiner und besonderer Teil, 1. und 2. Aufl. Berlin 1934 u. 35 bezw. 1935 und 36.

Gürtner-Freisler, Das neue Strafrecht, Grundsätzliche Gedanken zum Geleit. Berlin 1936.

Gütt-Rüdin-Ruttke, Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, 2. Aufl. München 1936.

Haelschner, Das gemeine, deutsche Strafrecht, Bonn 1881.

Henkel, H., Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934.

von Hippel, Deutsches Strafrecht, Band I und II. Berlin 1925 und 1938.
Holer, Die Einwilligung des Verletzten, Züricher Dissertation 1906.
Honig, Die Einwilligung des Verletzten, I. Teil, Mannheim 1919.
Jarcke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preußischen, österreichischen, baierischen und französischen Strafgesetzgebung. 1827.
Joski, Die Einwilligung des Verletzten. Erlanger Dissertation 1898.
Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin 1884.
— Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten in Ger. Saal Band 38 S. 561 ff.
Klee, Selbstverletzung und Einwilligung des Verletzten in Goltd. Arch. Band 48—50.
Kiehl, Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Strafrecht in Goltd. Arch. Band 54 S. 357 ff.
Köhler, Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil. Leipzig 1917.
Leipziger Kommentar, 4. Aufl. Berlin 1929, 5. Aufl. (allgemeiner Teil) Berlin 1933.
Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 25. Aufl. Berlin 1927, 27. Aufl. des allg. Teils 1932.
Luden, Handbuch des deutschen Strafrechts. Jena 1847.
Mannheimer, Die Einwilligung in eine Körperverletzung. Heidelberger Dissertation 1911.
Mayer, H., Das Strafrecht des Deutschen Volkes. Stuttgart 1936.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Metz, Zur Frage der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht. Rostocker Dissertation 1913.
Mezger, Strafrecht, 2. Aufl. München 1933.
— Die subjektiven Unrechtselemente in Ger. Saal, Band 89 S. 207 ff.
Oeltze, Die Einwilligung des Verletzten. Leipziger Dissertation 1914.
v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I u. II. Berlin 1927.
Ortmann, Über Verletzung, insbesondere Tötung eines Einwilligenden in Goltd. Arch. Band 25 S. 104 ff.
Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten. Straßburger Dissertation 1897.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. Berlin 1928.
Ristow, Erbgesundheitsrecht. Stuttgart 1935.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts. Berlin 1921.
— Kriminalsoziologie. Berlin 1933.
Schaefer, K., Die Einwilligung des Verletzten, insbesondere bei Körperverletzung. Erlanger Dissertation 1913.
Schäfer-von Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—35. Nachtrag zur 18. Aufl. des Kommentars zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von Frank. Tübingen 1936.
Schäfer, L.-Richter-Schafheutle, Die Strafgesetznovellen der Jahre 1933 und 34. Berlin 1934.
Schrey, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 248 1927.
Siegert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. 1933.
Traeger, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz in Ger. Saal, Band 94, S. 112 ff.
Vogels, Reichserbhofgesetz, 4. Aufl. Berlin 1937.
von Weber, Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925. Leipzig 1925.
Wolf, E., Krisis und Neubau der Strafrechtsreform. Tübingen 1933.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit in Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 99, S. 1 ff.
Zoepfl, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V. Leipzig 1876.

Erster Teil.

Der Streit um die Wirksamkeit der Einwilligung im Strafrecht und die Stellungnahme des Gesetzgebers dazu.

Seit einiger Zeit taucht in manchen Arbeiten, die sich um die Neugestaltung des deutschen Strafrechts bemühen, das schon von jeher so ungemein umstrittene Problem der „Einwilligung des Verletzten" wieder auf, insofern, als man von der Einwilligung sagt, sie habe als Ausdruck individualistischen Denkens und ursprünglich aus dem Privatrecht stammend als Rechtfertigungsgrund aus unserem Strafrecht zu verschwinden.

Erik Wolf, der sich mit den Auswirkungen des Umbaues der Grundbegriffe im allgemeinen Teil des StGB befaßt[1]), läßt die Grundwerte der neuen Strafrechtsreform nicht mehr Individuum und Gesellschaft, sondern Staat und Person sein. Der Staat ist für ihn nicht eine beliebige, zufällig mächtigere Organisation unter vielen anderen, sondern stellt den realen Willensverband der Nation dar, der sich im Vorgang staatlicher Integration immer neu verwirklicht. In der Wertskala der Rechtsgüter ist er nicht eines neben all den anderen, sondern die Grundlage des ganzen Rechtsgütersystems, nicht mehr bloßer Sicherheitsapparat der im Gesellschaftsvertrage gebundenen Einzelnen, sondern organisches Ganzes eines völkischen Geisteslebens. Die Tatsache, daß der Staat als das A und O jeder Strafrechtspflege aus dem Wertungssystem des Strafrechts emporgehoben wurde, bedingt eine Änderung der Wertskala der Rechtsgüter. An Stelle des Einzellebens, des Privateigentums, der Vermögensrechte und der rechtsstaatlichen Garantie muß das Staatsleben, der öffentliche Dienst, die Sicherungsnotwendigkeit des sozialen Arbeitsprozesses, die ungestörte Funktion des staatlichen Integrationsvorgangs vornehmlich berücksichtigt werden. Der Gedanke der materiellen Rechtswidrigkeit, den man bisher nur unter dem Blickpunkt der Sozial- bezw. Gesellschaftswidrigkeit betrachtete, ist als Staatswidrigkeit zu begreifen und zu entwickeln. Daher muß jeder Angriff auf die Rechtsordnung des Staates als Angriff auf die Gesamtheit gelten und die schematische Verbrechensgliederung in Taten gegen den Einzelnen und Taten gegen den Staat aufgegeben werden. Wohingegen nicht die Rechtsgemeinschaft als solche, sondern

1) Krisis und Neubau der Strafrechtsreform, S. 33.

ein beliebiger Einzelner als Verletzter in Frage steht, ist nicht ein Schutz durch staatliche Strafrechtsordnung, sondern bürgerliche Selbsthilfe, Schiedsverfahren oder Zivilklage angebracht[2]). Dahm[3]) drückt eine ähnliche Ansicht dahingehend aus, daß für ein völkisches Rechtsdenken der Einzelne auch als Verletzter in der Gemeinschaft, das einzelne Rechtsgut in der Ganzheit der völkischen Lebens- und Friedensordnung verschwinde. Im völkischen Strafrecht trete der Verletzte als Individuum zurück, und seine Einwilligung in die Verletzung sei bedeutungslos.

Auch Sauer[4]) glaubt, daß für das Problem der sogenannten Einwilligung des Verletzten bald nur noch wenig Raum sein wird. Einmal, weil jedes private Rechtsgut immer mehr eine soziale Pflicht bedeutet, wohin auch Freiheit und Ehre, Körper und Vermögen zu rechnen sind; der wahre Schutzgutträger ist nicht mehr der Einzelne, der „Verletzte", sondern die Gemeinschaft, der Staat, das Volk. Zum anderen kommt es letzthin für einen Rechtfertigungsgrund gar nicht auf das verletzte Interesse, sondern auf die Strafbedürftigkeit von Tat und Täter im Rahmen des Ganzen an. Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund soll überhaupt versagen gegenüber jeder chronischen Kriminalität, sowie gegenüber hochgradiger moralischer Verwerflichkeit der Tat, zum Beispiel bei Verleumdung und den Ausbeutungsdelikten, die an sich gegen Rechtsgüter gerichtet sind, über die nach herrschender Lehre der Verletzte frei verfügen darf. Künftig wird der Rechtfertigungsgrund Einwilligung des Verletzten nur noch ein ganz kümmerliches Dasein fristen im Bereich ganz weniger, leichter Augenblicksdelikte.

Daß die Einwilligung, die im individualistischen Strafrecht so bedeutungsvoll war, heute erheblich in den Hintergrund tritt, ist auch die Ansicht Siegerts[5]). Wurde früher von extrem individualistischer Seite die Verfügungsfreiheit des Einzelnen über seinen Leib oder gar seine Leibesfrucht bejaht, so ist es heute sicher, daß diese Anschauung abzulehnen ist. Es ist sogar zweifelhaft, ob man über seine wirtschaftlichen Güter durch Handeln oder Unterlassen frei verfügen darf. Dementsprechend kann die Einwilligung des Verletzten heute an sich nie rechtfertigende Bedeutung haben, immer wieder steht der Gesichtspunkt der Volksschädlichkeit im Vordergrund, und das Volksinteresse spricht überall das entscheidende Wort.

Wie aus all' diesem hervorgeht, kommt diese neue Richtung der Rechtslehre zu dem Ergebnis, das man so zusammenfassen könnte: Die Einwilligung des Verletzten ist heute ohne Bedeutung und hat

2) Wolf: a. a. O. S. 37.
3) Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht, S. 20.
4) Sauer: Kriminalsoziologie, S. 758—59.
5) Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, S. 39.

daher im neuen Strafrecht keinen Platz mehr, weil einerseits nicht der Einzelne, sondern die Gesamtheit in ihrer Organisation als Staat durch Mißachtung ihrer Rechtsordnung der wahrhaft Verletzte ist, andererseits der Einzelne wegen der Gebundenheit der Rechtsgüter an das Volksganze in seiner Verfügungsfreiheit darüber auf das äußerste beschränkt, wenn nicht gar völlig gehindert ist.

Diese Meinung läßt sich leicht widerlegen durch den Hinweis auf die Gesetzgebung der nationalsozialistischen Regierung, die aus den Gründern der nationalsozialistischen Bewegung besteht, zu deren Anhängern die oben genannten Einwilligungsgegner sich aber zählen.

So brachte schon im ersten Jahr der nationalen Erhebung das Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 die aus dem Strafgesetzentwurf § 264 entnommene Bestimmung — als § 226a in das geltende StGB eingegliedert — über die Körperverletzung mit Einwilligung:

> Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

Kurze Zeit darauf brachte das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 in seinem § 14 einen weiteren Beweis dafür, daß die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund auch weiterhin existieren wird:

> Eine Unfruchtbarmachung, die nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes erfolgt, sowie eine Entfernung der Keimdrüsen sind nur dann zulässig, wenn ein Arzt sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit desjenigen, an dem er sie vornimmt, und mit dessen Einwilligung vollzieht.

Zwei Jahre später wurde durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 26. Juni 1935 der oben zitierte § 14 auch auf Schwangerschaftsunterbrechungen ausgedehnt und ein zweiter Absatz angehängt, der in diesem Zusammenhang erwähnenswert ist:

> Eine Entfernung der Keimdrüsen darf beim Manne mit seiner Einwilligung auch dann vorgenommen werden, wenn sie nach amts- oder gerichtsärztlichem Gutachten erforderlich ist, um ihn von einem entarteten Geschlechtstrieb zu befreien, der die Begehung weiterer Verfehlungen im Sinne der §§ 175—178, 183, 223—226 des StGB befürchten läßt. Die Anordnung der Entmannung im Strafverfahren oder Sicherungsverfahren bleibt unberührt.

Dasselbe Gesetz schaltet auch den hier bemerkenswerten § 10 a ein:

> Hat ein Erbgesundheitsgericht rechtskräftig auf Unfruchtbarmachung einer Frau erkannt, die zur Zeit der Durchführung der Unfruchtbarmachung schwanger ist, so kann die Schwangerschaft mit Einwilligung der Schwangeren unterbrochen werden, es sei denn, daß die Frucht schon lebensfähig ist oder die Unterbrechung der Schwangerschaft eine ernste Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Frau mit sich bringen würde.
>
> Als nicht lebensfähig ist die Frucht dann anzusehen, wenn die Unterbrechung vor Ablauf des sechsten Schwangerschaftsmonats erfolgt.

Weiterhin sprechen die art. 3 und 4 der 4. Verordnung zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 18. Juli 1935 für die Daseinsberechtigung der Einwilligung:

Art. 3 Die Einwilligung zur Schwangerschaftsunterbrechung nach § 10a und zur Unfruchtbarmachung, Schwangerschaftsunterbrechung oder Entfernung der Keimdrüsen nach § 14 des Gesetzes ist von demjenigen zu erklären, an dem der Eingriff vorgenommen werden soll. Kann ihm nach Ansicht des Amtsarztes die Bedeutung der Maßnahme nicht verständlich gemacht werden, so ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder des Pflegers erforderlich.

Art. 4 Ohne die Einwilligung (Art. 3) ist der Eingriff nur statthaft, wenn er wegen unmittelbarer Gefahr für Leben oder Gesundheit nicht aufgeschoben werden kann.

Auch in der 5. Durchführungsverordnung vom 25. Februar 1936 zu diesem Gesetz wird die Einwilligung zur rechtmäßigen Vornahme einer Handlung erforderlich, wenn nämlich die Unfruchtbarmachung einer Frau zum Zwecke der Verhütung erbkranken Nachwuchses durch Strahlenbehandlung vorgenommen werden soll; art. 1, Abs. 2 schreibt vor:

> Zur Strahlenbehandlung ist die Einwilligung der Frau erforderlich. Kann ihr wegen ihres krankhaften Geisteszustandes die Bedeutung der Maßnahme nicht verständlich gemacht werden, so bedarf es der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

Aber nicht nur das heutige, sondern auch das künftige Recht wird die Einwilligung als Rechtfertigunggrund anerkennen. So wird der § 226 a StGB auch im kommenden Strafgesetzbuch bestehen bleiben, und die Tatsache, daß er bereits erlassen wurde, ist nur als eine wegen der Dringlichkeit vorweggenommene Maßnahme anzusehen, die bei der Gesamterneuerung des Strafrechts unberührt bleiben wird[6]).

6) Vgl. Mezger in Gürtners Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission: Das kommende Deutsche Strafrecht, bes. Teil, 2. Aufl. S. 392.

Daß die Bestimmungen über das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses durch die neue Strafgesetzgebung nicht beeinträcht werden, bedarf wohl keines Beweises. Im Gegenteil wird ihnen durch folgende Bestimmung des Entwurfes größter Nachdruck verliehen werden, die sich in Gürtner/Freisler: Das neue Strafrecht, Grundsätzliche Gedanken zum Geleit[7]) veröffentlicht findet, und die gleichzeitig zeigt, daß auch für die Heilbehandlung eines Arztes die Einwilligung des Patienten bedeutsam ist und einen Rechtfertigungsgrund darstellt:

> Wer einen anderen ohne seine Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Haft bestraft.
>
> Ebenso wird ein Arzt bestraft, der eine ärztlich gebotene Abbrechung der Schwangerschaft oder Tötung eines in der Geburt befindlichen Kindes ohne Einwilligung der Schwangeren oder ohne die erforderliche Zustimmung der zuständigen Gutachterstelle vornimmt.
>
> Konnte der Täter die Einwilligung nicht einholen, ohne durch den Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernst zu gefährden, so ist die Eigenmacht nicht strafbar.

Aber auch in der Akademie für Deutsches Recht, die ins Leben gerufen wurde, um an der Vorbereitung des neuen deutschen Rechts mitzuarbeiten, ist die Stellung zur Einwilligung trotz prinzipieller Ablehnung insofern eine positive, als der Bearbeiter des Abschnittes „Notwehr, Notstand — Rechtfertigungsgründe im neuen Strafrecht" in der Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Thierack[8]), der Einwilligung in folgenden drei Fällen die Bedeutung eines Rechtfertigungs- bezw. Strafmilderungsgrundes zumißt. Es handelt sich dabei um die Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten, deren Regelung im Sinne des geltenden § 226 a StGB befürwortet wird, um die Sterbehilfe, wo der Täter ebenfalls gerechtfertigt sein soll und um die Tötung auf Verlangen, wo allerdings — wie im bisherigen § 216 StGB — nur Strafmilderung Platz greifen soll.

Die Behauptung, die Einwilligung habe im neuen deutschen Strafrecht keinen Raum mehr, entspricht, wie aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich ist, nicht den gegebenen Tatsachen. Damit ist aber nicht gesagt, daß in Bezug auf das Anwendungsgebiet der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund alles beim Alten bliebe. Der Um-

7) S. 48.
8) Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Heft 1 S. 88.

stand, daß die Einwilligungsgegner aus dem kollektivistisch eingestellten Lager der Rechtswissenschaft kommen, und die Tatsache, daß das heutige Staatsleben zweifellos stark vom kollektivistischen Denken beeinflußt ist, legen nahe zu untersuchen, ob nicht die Einwilligungsgegner bis zu einem gewissen Grade Recht haben und die Grenzen der Anwendbarkeit des Rechtfertigungsgrundes „Einwilligung des Verletzten“ im Lichte der Staat und damit auch Recht beherrschenden nationalsozialistischen Weltanschauung verschoben erscheinen.

Zweiter Teil.

Überblick über die bisherige Behandlung des Einwilligungsproblems.

Um diese Untersuchung durchzuführen, ist notwendigerweise zunächst die Bedeutung der Einwilligung im früheren Strafrecht ins Auge zu fassen. Die Stellungnahme zu diesem Problem ist außerordentlich uneinheitlich, und sowohl über Zulässigkeit, Natur und Wirkung der Einwilligung herrschen weitgehende Meinungsverschiedenheiten. Zwar ist nicht nachweisbar, daß schon im römischen Recht die Wirkung der Einwilligung des Verletzten bestritten war, jedenfalls bestehen heute Zweifel darüber, inwieweit bei den Römern die Einwilligung das Unrechtmäßige der Tat ausschloß. Einerseits will man das nur für die Beleidigung (iniuria) gelten lassen, andererseits versteht man unter iniuria alle Verletzungen der Persönlichkeit, sodaß die Rechtswidrigkeit von Angriffen gegen Ehre, Freiheit, Gesundheit und Leben durch die Einwilligung des Betroffenen aufgehoben wurde. Die letztere Ansicht scheint sich inzwischen durchgesetzt zu haben[1]).

Im mittelalterlichen Recht ist die Frage der Einwilligung nicht behandelt worden, sowohl das corpus iuris, wie die Carolina lassen eine Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung der Einwilligung eines Verletzten oder zumindest ihre Erwähnung vermissen.

Erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts — wohl unter dem Einfluß der Aufklärung — taucht der Gedanke, daß die Einwilligung eines Verletzten irgendwie Einfluß auf die gegen ihn gerichtete Handlung haben könne, wieder auf. Wenn die Constitutio Criminalis Theresiana aus dem Jahre 1768 auch jede Wirkung der Einwilligung negiert, indem sie erklärt, daß Übeltaten auch „an denen, so ihren Schaden und Untergang selbst verlangen", begangen werden können und der Täter daher wie jeder andere zu bestrafen ist (art. 3, § 16), so zeigt das doch, daß man sich bei dem Erlaß der Theresiana mit diesem Gedanken beschäftigt hat. Das preußische allgemeine Landrecht von 1791 trägt dem Einwilligungsproblem schon in gewisser Weise positiv Rechnung. „Wer einen Anderen auf dessen Verlangen tötet ..., hat 6- bis 10-jährige Festungs- oder Zuchthausstrafe verwirkt" (§ 834/II/20), wird also wesentlich milder als der ohne Verlangen des Getöteten „mit vor-

1) Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts, S. 185 u.v.a.

her überlegtem Vorsatz" Handelnde (§ 826/II/20) bestraft. Wenn hier auch ein Verlangen des Verletzten gefordert wird, so liegt doch darin eine Einwilligung umschlossen, die zu einem Verlangen verstärkt sein muß, um eine Strafmilderung herbeizuführen. Anders wieder stellt sich das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 zu dieser Frage, wie aus art. 123 hervorgeht. „Eine unter Strafe verbotene Handlung wird wegen einer von dem Beschädigten dazu erteilten stillschweigenden oder ausdrücklichen Erlaubnis weder straflos, noch im minderen Grade strafbar." Nur eine Ausnahme ist durch den Absatz 2 zugelassen: „Handlungen, welche bloß auf Verlust oder nicht gemeingefährliche Beschädigung des Eigentums gerichtet sind, werden durch die von dem Beschädigten dazu erteilte Erlaubnis unsträflich". Ein Entwurf zu einem Großherzoglich Hessischen Strafgesetzbuch von 1824 will die Einwilligung wiederum in zwei Fällen strafbefreiend wirken lassen, „wenn die Handlung auf Entziehung oder nicht gemeingefährlicher Beeinträchtigung des Eigentums oder auf Verletzung der Ehre des Beschädigten gerichtet war".

Es würde zu weit führen, alle Partikulargesetze auf ihre Stellungnahme zur Einwilligung zu untersuchen, zumal sie sich in dieser Frage mehr oder minder eng an das bayrische Strafgesetzbuch, wie beispielsweise das oldenburgische Strafgesetzbuch, oder an das Preußische Allgemeine Landrecht gehalten haben. Das eine ist sicher, daß das Problem volenti non fit iniuria immer mehr in den Vordergrund der juristischen Diskussion tritt und das ganze 19. Jahrhundert hindurch in verschiedener Weise bearbeitet und bewertet wurde.

Je mehr man sich damit beschäftigte, desto mehr gingen die Ansichten auseinander. Bis zum Beginn des laufenden Jahrhunderts haben sich drei Hauptgruppen von Meinungen über die Bedeutung der Einwilligung herausgebildet, die sich in Stichworten folgendermaßen charakterisieren lassen:

1. Unbeschränkte Wirkung der Einwilligung,
2. Gänzliche Unwirksamkeit der Einwilligung,
3. Wirkung der Einwilligung bei bestimmten Delikten unter gewissen Voraussetzungen.

Die zuerst genannte Ansicht wird heute garnicht mehr vertreten, und es verlohnt sich daher nicht, sich näher mit ihr zu beschäftigen. Auch die Meinung, die Einwilligung sei auf die Strafbarkeit der Handlung gänzlich unwirksam, schien von keiner Seite mehr verfochten zu werden, bis in neuester Zeit die im Anfang genannten und zitierten Wissenschaftler wieder gegen die Einwilligung zu Felde zogen. Daß ihre Ansicht, die Einwilligung werde wegen ihrer vollkommenen Einflußlosigkeit auf die Strafbarkeit eines jeden, wie auch immer gearteten Deliktes einen Rechtfertigungsgrund nicht mehr abgeben, unzutreffend ist, wurde oben bereits dargelegt.

Näher ins Auge fassen muß man jedoch die dritte Gruppe, die in bestimmten Fällen bei Vorhandensein gewisser Voraussetzungen der Einwilligung strafbefreiende Wirkung beimißt. Jedoch bestehen gerade hier weit auseinandergehende Meinungen. Einesteils ist der Rechtsgrund, von dem sich der Satz volenti non fit iniuria ableiten läßt, heftig umstritten, zum anderen herrschen die größten Unklarheiten und Zweifel über die Grenzen und den Umfang seiner Anwendbarkeit. Eine Richtung will die strafbefreiende Wirksamkeit der Einwilligung aus dem Privatrecht herleiten. Am ausführlichsten hat sich wohl Zitelmann mit diesen Gedanken auseinandergesetzt[2]). Da das Strafgesetzbuch über die Einwilligung vollständig schweige, so müsse man sie, wenn man ihr dennoch Wirksamkeit zumessen wolle, aus irgend einem anderen positiv rechtlichen Grundsatz herleiten. Als solcher biete sich lediglich die zivilistische Regel über Rechtsgeschäfte dar, daß im Privatrecht die Person innerhalb bestimmter Schranken die Macht habe, ihre Rechtsverhältnisse zu gestalten. Durch die Einwilligung werde die Rechtswidrigkeit dann und nur dann ausgeschlossen, wenn sie sich als ein auf deren Ausschluß gerichtetes Rechtsgeschäft des Rechtsinhabers erweise. Damit unterliege die Einwilligung inhaltlich und in allen sonstigen Beziehungen sämtlichen Erfordernissen, die für Rechtsgeschäfte notwendig seien. Nachdem Zitelmann das im einzelnen untersucht hat[3]), kommt er zu dem Schluß, daß die Einwilligung den Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Privatrecht bewirken könne und daher in gleichem Maße auch im Strafrecht nach sich ziehen müsse, da eine rechtmäßige Rechtsausübung nicht zugleich rechtswidrig sein könne. Auch Frank stellte sich früher in seinem Kommentar (bis zur 14. Auflage) noch auf diesen Standpunkt, sodaß man von einer Zitelmann-Frank'schen Rechtsgeschäftstheorie spricht. In Anlehnung an Zitelmann erklärt sich auch Metz[4]) zu der Auffassung, die Einwilligung sei rechtsgeschäftlichen Charakters, indem er die Tatsache mehr in den Vordergrund stellt, sie sei eine Willenserklärung, die als auf einen rechtlich bedeutsamen Erfolg gerichtet als Rechtsgeschäft angesehen werden müsse[5]).

So sehr man für den privatrechtlichen Charakter der Einwilligung eintritt[6]), ebenso sehr lehnt man die Übertragung zivilistischer Erwägungen in das Strafrecht ab[7]). In erster Linie führt man als Gegenargument an, daß die rechtsgeschäftliche Einwilligung den Willen des

2) Ausschluß der Widerrechtlichkeit in Archiv für zivilistische Praxis, Band 99, S. 1 ff.
3) a. a. O. S. 48—56.
4) Zur Frage der Einwilligung des Verletzten, Diss. Rostock 1913.
5) Metz a. a. O. S. 22.
6) Auch einige Zivilrechtler im Zusammenhang mit § 823, II BGB, z. B. Planck, 4. Aufl. II, 2 S. 1731.
7) v. Bar, Gesetz und Schuld III S. 54, Anm. 85; Klee, G.S. Bd. 48, S. 198; u.v.a.

Einwilligenden für immer bindet, sogar einen klagbaren Anspruch gibt; die strafrechtliche Einwilligung dagegen ist jederzeit widerrufbar. „Der strafrechtlichen Einwilligung fehlt das dem Vertrage eigentümliche Zukunftselement". Ist man sich auch einig, daß die Einwilligung nicht als Rechtsgeschäft aufgefaßt werden dürfe, so stehen sich doch die verschiedensten Ansichten gegenüber, aus welchem Rechtsgrund sie denn sonst wirke. Keßler[8]), der die Einwilligung gegenüber der zivilistischen Vollmacht abwägt, hält die Handlung, in die eingewilligt wurde, nicht für eine berechtigte, sondern für eine rechtlich indifferente, bei der der Einwilligungsempfänger, falls die Einwilligung überhaupt wirksam ist, etwas ohne strafrechtliche Folgen tun kann, was sonst nur der Einwilligende tun könnte[9]). Dieser Auffassung steht die Konstruktion der Einwilligung als Rechtsverzicht nahe, die bei Binding[10]) die einseitige Aufgabe des Rechts oder den einseitigen Verzicht auf die Geltendmachung des Rechts im einzelnen Falle, d. h. Duldung der Verletzung bedeutet. Ähnliches meint Pfersdorf[11]), der von der Aufgabe der Individualinteressen spricht. Er folgert dann daraus, daß von einer strafrechtlich bedeutsamen Verletzung der betreffenden Interessen nicht mehr die Rede sein könne, da diese durch die Einwilligung nicht mehr lebendig sein könnten. Wieder andere glauben[12]), daß durch die Einwilligung ein Teil des Tatbestandes — in den man ein invito laeso hineinlegt — aufgehoben werde, weil hier die Einwilligung der Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des betreffenden Delikts entgegensteht, und mithin der Tatbestand, den die Norm unter Strafe stellt, nicht voll erfüllt ist.

Wie man sieht, gibt es also über den Rechtsgrund, aus dem die Einwilligung sich herleiten lassen soll[13]), eine Menge verschiedener Ansichten, und von keiner kann die Richtigkeit exakt und befriedigend bewiesen werden, noch hat oder wird irgendeine auf allgemeine Anerkennung rechnen können. Es ist auch nicht anzunehmen, daß es neuen Untersuchungen über den Rechtsgrund der Einwilligung gelingen wird, eine Stellungnahme zu diesem Problem zu bringen, die allgemein gebilligt werden würde und daher eine Lösung der seit so langem umstrittenen Frage bedeutet.

Aber auch bei der für die Praxis so viel wichtigeren Frage, wann und wieweit die Einwilligung auf die Strafbarkeit einer Handlung Einfluß hat, d. h. bei welchen Delikten die Einwilligung rechtfertigend

8) Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, S. 26.
9) Keßler, S. 27.
10) Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 714.
11) Einwilligung des Verletzten, Diss. Straßburg 1897 S. 13.
12) Z. B. Breithaupt, volenti non fit iniuria, S. 16—17.
13) Eine umfangreiche Zusammenstellung s. bei Binding, Handbuch, S. 729 Anm. 35.

und strafaufhebend bzw. strafmildernd wirkt, herrscht unbegrenzter Streit. Die Aufteilung der Rechtsgüter in veräußerliche und unveräußerliche[14]), bedingte und unbedingte[15]), wobei die Einwilligung nur bei den veräußerlichen oder bedingten Rechtsgütern wirksam sein würde, bringt keine Lösung, sondern mehr eine Umschreibung des Problems. Wenn auch unbestreitbar richtig, so fördert auch das die Untersuchung nicht, daß nur dann die Einwilligung rechtserheblich sei, wenn der Einwilligende die Verfügungsmacht über das zu verletzende Rechtsgut hat, oder wie Frank[16]) es nennt, die Handlung vorzugsweise im Interesse der Allgemeinheit oder des unmittelbar Verletzten geboten ist. Denn nun fragt es sich ebenso wie bei der Aufteilung der Rechtsgüter in verzichtbare und unverzichtbare, über welche Rechtsgüter kann man verfügen und über welche nicht? Eine Richtlinie könnte hier das Antragsrecht bei einzelnen Delikten abgeben, indem man darauf abstellt, daß der Gesetzgeber dem Einzelnen die Möglichkeit gibt, auf die Bestrafung des Täters Einfluß zu nehmen. Aber mit Recht wird eingewandt[17]), daß die Einwilligung die Begehung einer Straftat, die Nichtausübung des Antragsrechts dagegen die Verfolgung einer Straftat ausschließt. Trotz dieser konstruktiven Unebenheit wäre diese Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen gewesen. Aber das zukünftige Strafrecht des nationalsozialistischen Staates, dem ein Abhängigmachen kriminellen Vorgehens der staatlichen Anklagebehörden von einem Antrag oder Verlangen einer Privatperson und Bindung des Staatsanwalts an deren Entschließung nicht erträglich erscheint[18]), wird die Einrichtung des Strafantrages abschaffen. Bei den Deliktstatbeständen, bei denen auch der neue, autoritäre Staat ein Bedürfnis für die Beteiligung der verletzten Einzelperson als berechtigt anerkennt, wird zwar der Zusatz gemacht werden, daß vor der Entscheidung über die Verfolgung der Verletzte zu hören sei. Damit ist aber die Frage, wann die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund wirkt, nicht gelöst. Das ergibt sich schon daraus, daß z. B. bei der leichten Körperverletzung die Einwilligung trotz der geplanten Anhörklausel unter bestimmten Umständen unwirksam sein kann[19]), wenn sie nämlich gegen die guten Sitten verstößt. Daher kann im kommenden Strafrecht die Anhörklausel wie schon im alten Strafrecht

14) Z. B. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, S. 61; Luden, Handbuch des deutschen Strafrechts, S. 315; Haelschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, S. 470.

15) Holer: Die Einwilligung des Verletzten, Diss. Zürich 1906 S. 87 ff.

16) Kommentar, Vorbemerkung zu § 51 ff.

17) Gerland, Die Selbstverletzung und die Einwilligung des Verletzten in Vergl. Darst. Allg. Teil, Bd. 2 S. 497.

18) Ernst Schäfer, in Das kommende deutsche Strafrecht bes. Teil, 2. Aufl. S. 565.

19) Der heutige § 226 a StGB wird übernommen werden, vgl. Mezger, in d. k. d. Strafrecht, bes. Teil, S. 392.

das Antragsrecht zwar hinweisend, aber nicht entscheidend sein für die Feststellung, wann die Einwilligung rechtfertigende Wirkung hat.

Muß auch diese letzte Möglichkeit, die noch am geeignetsten schien, einen allgemeinen Satz über die Wirkung der Einwilligung aufzustellen, als ausgeschlossen angesehen werden, so scheint doch der Vorschlag von v. Bar[20]) und auch Gerlands[21]), die Frage nach der Wirkung der Einwilligung sei besser im Einzelfalle, also von Delikt zu Delikt zu beantworten, trotz der Kritik Franks[22]) am ehesten zu sicheren und vernünftigen Ergebnis zu führen, wie ja denn auch der § 226 a StGB eine Lösung in diesem Sinne bedeutet.

In allen neueren Arbeiten über die Einwilligung besteht nur in einem Punkt eine einheitliche Meinung, daß nämlich die Einwilligung des Verletzten nur dann von Bedeutung ist, wenn der Einwilligende Träger des verletzten Rechtsgutes ist und als Individuum darüber verfügen kann, d. h. wenn das Gesetz nur private, nicht auch öffentliche Interessen schützen will. Diese Erkenntnis gibt leider keine Antwort auf die präzise, für die Praxis allein wichtige Frage, wann und wie wirkt die Einwilligung des Verletzten; und da auch das kommende Strafrecht keine allgemeine Regelung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bringen wird[23]), soll nun im folgenden der Versuch gemacht werden, die einzelnen Tatbestände des künftigen Strafrechts, wie sie im Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (2. Lesung) in Erscheinung treten, darauf zu untersuchen, wie die Einwilligung auf die Strafbarkeit der Handlung wirkt, wobei die heutige Weltanschauung und die damit verbundene Rechtsauffassung, die sich im Bericht über das kommende Strafrecht widerspiegelt, besondere Berücksichtigung finden soll.

20) Ges. u. Schuld III, S. 56.
21) Reichsstrafrecht 1922, S. 121.
22) Frank, Kommentar, I. Teil, 4. Abschn. III.
23) Klee in Das kommende Deutsche Strafrecht, allgem. Teil, 2. Aufl., S. 87—88.

Dritter Teil.

Die Bedeutung der Einwilligung bei den einzelnen Straftaten, insbesondere bei Körperverletzung, Tötung, Ehrverletzung und Sachbeschädigung.

Untersucht man die einzelnen Tatbestände des neuen Rechts auf die Bedeutung einer etwa erteilten Einwilligung, so ist festzustellen, daß eine ganze Reihe von ihnen für die vorliegende Problemstellung ausfallen. Zunächst sind natürlich alle die Verbrechen auszuscheiden, die sich gegen die Belange des Volksganzen richten. Hier kann die Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung gar nicht auftauchen, denn der Staat, das Volk, oder — weniger festumrissen — die Allgemeinheit ist Träger des Rechtsgutes und sein unangetasteter Bestand Schutzobjekt der Gesetze. Da aber feststeht, daß nur bei denjenigen Rechtsgütern, über die der Einzelne unmittelbar und allein verfügungsberechtigt ist, die Einwilligung wirksam ist, kann sie hier keine Rolle spielen. Das ist der Fall bei den Delikten, die sich gegen das Reich und seine Autorität, das Volk, seine innere Kraft und politische Ordnung richten. Darunter fallen z. B. Landes-, Hoch- und Volksverrat, Angriffe auf die politische Führung, Schädigung der Wehrkraft, Auflehnung gegen die Staatsgewalt, die Amtsdelikte, Vergehen gegen die Rechtspflege und Verwaltung, gemeingefährliche Handlungen, Münz- und Urkundenfälschung, Angriffe auf das Volksgut, die Wirtschafts- und Arbeitskraft, auf Rasse, Erbgut und Volksgesundheit, Ehe, Familie und Sittlichkeit. Mag gerade bei diesen letzteren Delikten auch das Interesse des Einzelnen geschützt sein, so geht doch bei der herrschenden, ganzheitlichen Rechtsauffassung das der Gemeinschaft vor. Gewiß kommt bei gewissen Sittlichkeitsdelikten der Schutz des Gesetzes auch dem Einzelnen zu Gute, wie beispielsweise beim Ehebruch, aber die Wahrung vor sittlicher Verwilderung als im Interesse der Allgemeinheit liegend, steht über dem Schutz des Einzelnen. Die Bedeutung, die die Familie als Grundzelle für den Bestand des Volkes hat, überragt das Interesse des Einzelnen an der Erhaltung seiner Familienehre und das Recht auf eheliche Treue bei weitem. Gibt jemand dieses Recht durch seine Einwilligung zum Ehebruch des anderen Ehegatten auf, so macht die Verletzung des Interesses des Volkssganzen an der

Reinerhaltung der Ehe und Familie die Tat dennoch strafwürdig[1]). Nicht dagegen spricht die Anhörklausel, die auch beim Ehebruch vorgesehen ist; sie erklärt sich als Rücksicht auf den schuldlosen Gatten, der ein Interesse an möglichster Geheimhaltung der die Scheidung begründenden, häufig widerwärtigen Umstände hat. Der Streit um die Wirkung der Einwilligung beim Ehebruch dürfte sonach heute zu Gunsten der Auffassung des Reichsgerichts[2]) entschieden sein, das sich von jeher auf diesen Standpunkt stellte und so formulierte: „Das Recht auf Bewahrung ehelicher Treue ist nicht ein der Verfügung des einzelnen Ehegatten unterliegendes, dergestalt, daß der eine Teil mit rechtlicher Wirkung und rechtlich zu beachtender Weise darauf verzichten und dadurch den Treubruch zu einer erlaubten oder auch nur zu einer strafrechtlich indifferenten Handlung machen könnte" (Bd. 14, S. 205 ff). Ähnlich liegt der Fall bei der falschen Verdächtigung des künftigen Rechts, das der falschen Anschuldigung des geltenden StGB entspricht, worin einerseits ein Delikt gegen den zu Unrecht Verdächtigten[3]), andererseits ein Angriff auf die Rechtspflege gesehen wurde[4]). Tatsächlich sind in dieser Bestimmung beide Momente verquickt, wobei jedoch nach heutiger Rechtsauffassung das Allgemeininteresse an der Verhinderung unnützer Inanspruchnahme des Justizapparates dem Einzelinteresse, vor Denunziationen geschützt zu werden, vorgeht[5]). Alle die oben aufgezählten Delikte kommen für das Problem der Einwilligung nicht in Betracht, denn es ist undenkbar, daß der heutige Staat in eine Straftat gegen sich selbst und seine Ordnung einwilligen würde. Es ist also überflüssig, sich im Rahmen des gestellten Themas damit zu beschäftigen.

Weiterhin fallen auch diejenigen Tatbestände für unsere Untersuchung weg, in denen das Gesetz dem Einzelnen ausdrücklich die Verfügungsmacht über ein bestimmtes Rechtsgut entzogen hat. Das kann zum Schutze der Allgemeinheit geschehen sein. Solche Fälle wurden zum Teil schon oben ausgeschieden, z. B. die Bestimmung über Herbeiführung der Dienstuntauglichkeit, die im wesentlichen dem jetzigen, durch Ges. vom 26. 6. 35 neugefaßten § 142 StGB entsprechen

1) Diese Frage wird nur praktisch, wenn im zivilen Scheidungsprozeß die Einwilligung des Ehegatten in den die Scheidung begründenden Ehebruch nicht zur Sprache gekommen ist, da wegen § 1565, II BGB bei Zustimmung des Ehegatten zum Ehebruch das Recht auf Scheidung ausgeschlossen ist. Daß solche Fälle aber tatsächlich vorkommen, beweist das Urteil des Reichsgerichts vom 6. Feb. 1894 (Bd. 25, S. 119), wo von wiederholten Entscheidungen gleicher Art die Rede ist.

2) Ebenso Mezger, Lehrbuch, S. 218; Leipz. Kommentar, 4. Aufl. § 172 Nr. 6; Joski, Die Einwilligung des Verletzten, Diss. Erlangen 1898, S. 40 f.

3) so Kessler, S. 71; Joski, S. 42.

4) Breithaupt, a. a. O. S. 80.

5) Mezger, Das kommende Deutsche Strafrecht, S. 334.

wird[6]), in der dem Einzelnen zu Gunsten der Wehrhaftigkeit des Staates die Verfügungsbefugnis über seinen eigenen Körper insoweit entzogen ist, als zur Erfüllung der Wehrpflicht die Unversehrtheit des Körpers erforderlich ist. In diesen Zusammenhang gehört auch die Verführung Minderjähriger, wo die Einwilligung des bzw. der Verführten[7]) zum außerehelichen Beischlaf kraft des Tatbestandes im Allgemeininteresse zur Erhaltung einer gesunden Volksmoral wirkungslos ist, wozu noch der Gesichtspunkt kommt, die noch in der Entwicklung begriffenen Jugendlichen vor charakterlichen wie möglichen gesundheitlichen Schäden als Folgen eines Beischlafs in frühem Alter zu schützen. Damit leiten wir über zu anderen Tatbeständen, die dem Schutz des Einzelnen vor sich selbst dienen. Auch sie scheiden für unsere Untersuchungen aus, denn hier wird das Vorhandensein einer Einwilligung des Betroffenen vorausgesetzt, sodaß erst dadurch der Tatbestand des Delikts erfüllt wird. Hierher zählt in erster Linie der Wucher und die Verleitung Jugendlicher zum Schuldenmachen, wo die Ausbeutungshandlung trotz der Einwilligung des Geschädigten unter Strafe gestellt wird, um ihn auch gegen seinen Willen vor Schaden zu bewahren.

Für diejenigen Straftaten, die das Begriffsmerkmal gegen oder ohne den Willen des Betroffenen aufweisen, ist die Frage nach der Bedeutung der Einwilligung insoweit geklärt, daß feststeht, daß sie überhaupt von Wirksamkeit ist. Der Wortlaut solcher Gesetzesbestimmungen verlangt nämlich als Voraussetzung für den Eintritt der Straffolge, daß eine Einwilligung nicht erteilt wurde, das Vorhandensein der Einwilligung hat also strafausschließende Wirkung. Für diese Fälle bleibt nur noch zu prüfen, wie die Einwilligung geartet sein muß und welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um diese Wirkung hervorzubringen. Diese Frage wird weiter unten[8]) im Rahmen der Untersuchung über die Beschaffenheit und die Erfordernisse der Einwilligung Gegenstand ausführlicher Erörterungen sein. Als Beispiel, aus dem sich die strafausschließende Wirkung der Einwilligung durch die Fassung des Tatbestandes ergibt, wären anzuführen der Frauenraub, der für den Fall der Entführung einer willensfähigen Frau dem heutigen § 236 StGB entsprechen wird[9]), wo die Entführung „wider ihren Willen" geschehen sein muß, oder die geplante Bestimmung über die eigenmächtige Heilbehandlung, wonach derjenige bestraft wird, der einen anderen „ohne seine Einwilligung" zu Heil-

6) Dürr - L. Schäfer, Das kommende Deutsche Strafrecht, bes. Teil, 2. Aufl., S. 132.

7) In Zukunft wird auch die Verführung männlicher Minderjähriger unter Strafe gestellt, vgl. Graf Gleispach, D. k. D. StR, bes. Teil, S. 201.

8) S. 37 ff. des Textes.

9) Lorenz, bes. Teil, S. 424 f.

zwecken behandelt. Ebenso die Freiheitsberaubung, die sich gegen die Fähigkeit richtet, den Willen zum Verlassen des Aufenthaltes zu betätigen[10]). Bei diesen Delikten bedeutet die Mißachtung des Willens des Verletzten das Strafwürdige an der Handlung des Täters, eine Einwilligung steht der Strafwürdigkeit also entgegen. Auch kann das bei der Formulierung verwendete Adjektiv unbefugt darauf hindeuten, daß die Handlung gegen den Willen des Betroffenen erfolgt sein muß, um strafbar zu sein, eine Einwilligung als Befugnis also strafausschließende Bedeutung hat. So beim Hausfriedensbruch, der grundsätzlich gleich dem heutigen § 123 StGB gestaltet werden wird[11]), weiterhin die Verletzung des Briefgeheimnisses und des Verrats fremder Geheimnisse[12]), wo gleichfalls der Ausdruck unbefugt sagt, daß eine Einwilligung des Betroffenen für die Verwirklichung des Tatbestandes und damit für die Strafbarkeit der Tat von Bedeutung ist. Gegen den Willen des Betroffenen handelt auch der Täter, der mit Gewalt oder Drohung jemanden zu einem Tun oder Unterlassen veranlaßt, und wenn im Tatbestand ein Handeln mit Gewalt, Drohung oder List verlangt ist, so ist die Einwilligung von gleicher, strafausschließender Wirkung, denn die Bedrohung oder Anwendung von Gewalt oder List setzt ein Verhalten gegen den wahren Willen des Verletzten voraus. Willigt der Täter ein, so wird durch das Handeln des Täters der Tatbestand garnicht verwirklicht und die Folge ist die Straflosigkeit der Handlung. Auch in allen Fällen, wo das Gesetz gewaltsames Handeln, Überwindung eines Widerstandes, Bedrohung, Anwendung einer List oder Täuschungshandlung verlangt, wie bei der Nötigung und allen Delikten, die ein Nötigen um Tatbestandsmerkmal haben, ebenso bei denjenigen, die Drohung oder Täuschung voraussetzen, wie Raub, Erpressung, Betrug[13]) und betrugsähnliche Delikte wirkt die Einwilligung strafausschließend.

Was Diebstahl[14]) und Unterschlagung[15]) für die Möglichkeit einer rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung anbetrifft, so zwingt die uneinheitliche und nicht immer deutliche Stellungnahme des Schrifttums zu einem näheren Eingehen. Keßler[16]) hält den Diebstahl für

10) Frank, a. a. O. § 239, I.
11) Rietsch in D. k. D. StR, bes. Teil, S. 426.
12) Schäfer, K. ebenda S. 438.
13) Wie Dahm in D. k. D. StR S. 461 berichtet, wird die neue Betrugsbestimmung so lauten: Betrug begeht, wer jemanden durch arglistige Täuschung oder arglistiges Verschweigen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung bestimmt und dadurch dem Vermögen des Getäuschten oder eines anderen einen Nachteil zufügt, um sich oder einem Dritten aus dem Vermögen des Geschädigten unberechtigt zu bereichern.
14) Das künftige Recht übernimmt die Diebstahlsbestimmung sachlich unverändert. Vgl. Kohlrausch in D. k. D. StR, S. 483.
15) Die Unterschlagung wird in Zukunft sehr zurücktreten, da sie nur als Ergänzungstatbestand neben Raub, Diebstahl und Untreue vorgesehen ist.
16) a. a. O. S. 18.

„ein unbestrittenermaßen dem volenti non fit iniuria unterstelltes Delikt“ und Gerland ist wohl gleicher Ansicht, wenn er meint:

„Die objektive Rechtswidrigkeit wird durch Einwilligung des Verletzten beseitigt“[17]). Traeger[18]) steht auf einem anderen Standpunkt, indem er Diebstahl und Unterschlagung zu den Delikten rechnet, bei denen schon durch die Fassung des Tatbestandes die Frage nach der Zulässigkeit der Einwilligung erledigt ist, auch wenn der gesetzliche Tatbestand nicht ausdrücklich ein Handeln wider oder ohne den Willen des Berechtigten fordert[19]), und auch Liszt[20]) ist der Ansicht, daß die Einwilligung in die Besitzentziehung den Begriff der Wegnahme aufhebe, d. h. das Tatbestandserfordernis „wegnehmen“ ist bei vorliegender Einwilligung gar nicht erfüllt. Weniger klar ist Frank[21]), der offenbar Nichterfüllung des Tatbestandes und Fehlen der Rechtswidrigkeit nicht scharf genug scheidet. Zwar kommt er auch zu dem Ergebnis, daß bei erteilter Einwilligung in die Wegnahme der Begriff des Diebstahls entfällt, aber als Folge der wegen der vorliegenden Einwilligung ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit der Wegnahme, während es wohl richtiger ist zu sagen, daß man wegen der Einwilligung nicht mehr von Wegnahme sprechen könne, da die Begriffe Einwilligung und Wegnahme (im Sinne der Diebstahlsbestimmung) widerstreiten, „weil das Merkmal der Wegnahme in ... § 242 StGB den rechtswidrigen Bruch eines fremden Gewahrsams, also die Entziehung der Sache aus dem Gewahrsam eines anderen ohne dessen Willen voraussetzt“[22]). Dieser Meinung ist als der richtigen beizutreten. Danach kann also garnicht in einen Diebstahl eingewilligt werden, weil durch die Einwilligung der Diebstahlcharakter verloren geht, die Einwilligung schließt also die Tatbestandsmäßigkeit des Handelns aus und wirkt nicht als Rechtfertigungsgrund. Gleiches muß von der Einwilligung in die Untreue gelten, die das kommende Strafrecht wie folgt definiert: Der Untreue macht sich schuldig, wer die ihm auf Grund eines Treuverhältnisses obliegende Pflicht, für fremdes Vermögen zu sorgen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt[23]). Durch die Einwilligung in die Untreuehandlung kann ein Brechen der Treue nicht mehr vorliegen, vielmehr wird der Treuverpflichtete von seiner Pflicht entbunden, sodaß die im Untreuetatbestand erforderte Treupflicht nicht mehr

17) Reichsstrafrecht, S. 451.
18) Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz. G.S. Bd. 94, S. 117.
19) Siehe auch Metz, a. a. O. S. 14 „der Begriff des Wegnehmens schließt begrifflich eine Zustimmung in die Handlung aus.
20) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. S. 615, Anm. 14.
21) a. a. O. zu § 242.
22) RG in Goltd.Arch. Bd. 61, S. 126.

besteht und daher nicht verletzt werden kann. In all' diesen Fällen steht die Wirksamkeit der Einwilligung fest, sie hebt die Strafbarkeit der Handlung durch Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit auf, und nur die Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit sind noch zu erörtern[24]).

Damit sind diejenigen Tatbestände ausgeschieden worden, für die die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund keine Rolle spielt. Wenden wir uns nunmehr den übrigen Delikten zu, bei denen eine Untersuchung, welche Bedeutung die Einwilligung für sie hat, auf Zweifel und Schwierigkeiten stößt, die im folgenden ausgeräumt werden sollen.

Die Körperverletzung mit Einwilligung wird entgegen der bisherigen Methode aller Arbeiten über die Einwilligung vorangestellt, da sie seit dem Erlaß des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. 5. 33 die einzige, als § 226 a in den Abschnitt Körperverletzung des in Kraft befindlichen StGB eingefügte, positive Regelung über die rechtfertigende Kraft der Einwilligung ist. Da sie auch in das zukünftige Recht als Einzelregelung dieses allgemeinen Unrechtsausschließungsgrundes übernommen werden wird, ist es zweckmäßig, die Untersuchung über die Wirksamkeit der Einwilligung mit ihr zu beginnen.

Körperverletzung mit Einwilligung.

Schon seit Jahrzehnten war das Schrifttum für die gesetzliche Regelung der Frage, welche Bedeutung die Einwilligung für die Strafbarkeit einer Körperverletzung hat, eingetreten. Diesem Verlangen ist durch Erlaß des Gesetzes vom 26. 5. 1933, das die Bestimmung über die Körperverletzung mit Einwilligung brachte, endlich Rechnung getragen worden. Danach ist die Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Dieser unter § 226 a eingefügte Tatbestand ist dem Entwurf zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch von 1927 beinahe wörtlich entnommen, wie auch die vorherigen Entwürfe schon eine solche Bestimmung vorsahen. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte sich nach fast 50jähriger gegenteiliger Ansicht schon vor Erlaß des § 226 a StGB dazu durchgerungen, die Einwilligung in eine Körperverletzung grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen[25]). Die neue, wegen ihrer

23) Vgl. Dahm in D. k. D. StR. bes. Teil, S. 450.

24) S. 37 ff.

25) Nachdem das Reichsgericht seit 1880 (RGE Bd. 2, S. 442) die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung geleugnet hatte, nimmt es in der Entscheidung des 1. Senats vom 3. 1. 28 (JW 1928/2229) erstmalig eine andere Stellung ein, indem es der Einwilligung dann strafrechtliche Bedeutung beimißt, wenn sie einem vom Strafrecht anerkannten guten Willen entspricht. Dagegen

Dringlichkeit vor der allgemeinen Strafrechtsreform erlassene Bestimmung des § 226 a StGB, die in das in Vorbereitung befindliche Strafgesetzbuch eingegliedert werden soll, stellt den Grundsatz auf, daß derjenige, der eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, nicht rechtswidrig handelt. Damit legt der Gesetzgeber dar, daß er prinzipiell dem Einzelnen die freie Disposition über seine körperliche Integrität zugesteht. Wenn die Körperverletzung dagegen trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt, oder etwa durch eine besondere Norm, wie z. B. die Herbeiführung der Wehrdienstuntauglichkeit durch Körperverletzung (§ 142 des geltenden Rechts) verboten ist, gilt diese grundsätzliche Regel nicht. Soll die Einwilligung die Tat rechtfertigen, so darf diese trotz der Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Es kommt also auf die Unsittlichkeit der T a t an, das ist der Ansicht Siegerts gegenüber zu betonen, der auf die Sittenwidrigkeit der Einwilligung abstellen will[26]). Zwar kann auch die Sittenwidrigkeit der Einwilligung von Bedeutung sein, insofern, als eine gegen die guten Sitten verstoßende Einwilligung von vornherein unwirksam ist, es also garnicht zur Anwendung der in Frage stehenden Bestimmung kommen kann. Denn die „Einwilligung kann strafrechtlich nur von Bedeutung sein, wenn sie einem vom Strafrecht anerkannten guten Willen entspringt. Ein Wille aber, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, wird vom Recht nicht anerkannt“[27]). Wichtig und entscheidend ist jedenfalls, daß die Tat als solche nicht den guten Sitten zuwider läuft, und insofern geht das Gesetz weiter als die in dem genannten Urteil des Reichsgerichts zum Ausdruck gekommene Stellung des RG zu diesem Problem. Der Maßstab der guten Sitten, die nach der Definition des Reichsgerichts dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden entsprechen, ist an die Tat anzulegen. So kann die Einwilligung durchaus edlen Motiven entspringen. Wenn z. B. jemand einem Wüstling entgegenspringt mit dem Rufe: Ehe Du meine Mutter schlägst, schlage mich! so ist hier die Einwilligung im höchsten Grade achtenswert und entspricht auch einem vom Strafrecht anerkannten guten Willen, aber die T a t des Rohlings, der statt der Mutter den Sohn schlug, verstößt gegen die guten Sitten. Daher muß sie strafbar sein.

Darüber, ob das Tatbestandsmerkmal „Verstoß gegen die guten Sitten“ glücklich gewählt ist, kann man streiten. Besser wäre es vielleicht gewesen, statt des Ausdruckes „gegen die guten Sitten verstößt“

---

werde ein Wille, der gegen die guten Sitten verstoße, vom Recht nicht anerkannt. (S. auch die Entscheidungen des Kammergerichts (JW 1932/428) und des Bayrischen Obersten Landesgerichts (DJZ 1929/450).

26) Grundzüge S. 39.

27) RG in JW 1928/2229—32).

den in der Analogiebestimmung verwerteten Begriff Strafwürdigkeit nach gesundem Volksempfinden, der den Vorteil hat, allgemeinverständlicher zu sein und der Forderung nach volksnahem Recht mehr gerecht wird, in die Einwilligungsbestimmung aufzunehmen. Denn der Begriff der guten Sitten entspricht dem Sinne nach dem gesunden Gemeinschaftsempfinden des Volkes. Das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden ist heute das gesunde Volksempfinden, das getragen ist von dem Gedanken, daß das Wohl des Volkes über allem steht, und dessen Interessen denen des Einzelnen vorgehen. Liegt also die Erhaltung der körperlichen Unversehrtheit nicht im Interesse des Einzelnen, sondern ist sie für die Volksgesamtheit wichtig, so wird unter diesen Umständen eine Körperverletzung trotz der erteilten Einwilligung nicht gerechtfertigt sein, weil sie nach gesundem Volksempfinden strafwürdig erscheint.

Da die Wirksamkeit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund nicht nach der Schwere der Tat abgegrenzt ist, so findet die Norm des § 226 a StGB auch auf die „gefährliche und schwere Körperverletzung" des künftigen Rechts (heute §§ 223 a, 224—226 StGB) Anwendung[28]), womit die Auffassung des Leipziger Kommentars[29]) und mancher anderer, die Einwilligung wirke nur rechtfertigend bei leichter Körperverletzung, widerlegt ist. Denn auch eine schwere Körperverletzung, wie der Verlust eines Auges beim Boxkampf oder eine dauernde Entstellung durch einen unglücklichen Tritt beim Fußball, ist durch die in der Teilnahme an dem Wettkampf liegenden Einwilligung gerechtfertigt, während leichte Körperverletzungen, in die eingewilligt wurde, sehr wohl strafbar sein können, weil die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt, wie Schläge und Ritzungen der Haut aus masochistischen oder sadistischen Beweggründen, wie überhaupt die Einwilligung in geschlechtlich unsittliche Körperverletzungen keine rechtfertigende Kraft hat. Daß auch für den § 223 b des geltenden StGB, der fast wörtlich übernommen werden wird[30]), die Einwilligung Bedeutung haben wird, wird praktisch kaum vorkommen, weil die Einwilligung wegen des Fehlens eines rechtlich relevanten Willens oder der aus der Abhängigkeit entspringenden Willensunfreiheit nicht wirksam sein wird[31]). Doch wird es Ausnahmen geben, wo diese Umstände nicht vorliegen, und die Einwilligung auch hier unrechtsausschließende Wirkung hat. Ein anderes Beispiel für eine trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstoßende Körperverletzung ist die einem Arbeitsscheuen mit dessen Einwilligung zugefügte Verletzung, auf Grund deren er von seiner Arbeit befreit werden will,

28) Mezger in D. k. D. StR. bes. Teil, S. 391.
29) Anm. 9 zu § 223 StGB.
30) Mezger, a. a. O. S. 391.
31) Näheres darüber im 4. Teil bei Willensmängeln, S. 92 ff. des Textes.

oder der bekannten Fall Marek/Wien, bei dem sich Marek von seiner Frau ein Bein abhacken ließ, um in den Besitz der hohen Versicherungssumme zu kommen. Daß solche Fälle nicht durch die Einwilligung straffrei werden dürfen, bedarf wohl keiner Begründung.

Von praktischer Bedeutung ist die Bestimmung über die Körperverletzung mit Einwilligung in besonderem Maße bei Sportwettkämpfen, bei denen durch die Teilnahme an ihnen, die Einwilligung in die bei regelgemäßer Ausübung der fraglichen Sportart möglicherweise vorkommenden Körperverletzungen gegeben ist. Boxen, Rugby, Jiu-Jitsu, Geländespiele, Fußball u. a. m. bringen häufig, auch wenn sich die Sportler in den Grenzen der Wettkampfregeln halten, mehr oder minder erhebliche Körperverletzungen mit sich. Ihre Straflosigkeit ist heute auf Grund des § 226 a des geltenden Rechts gesichert, ohne daß man den gekünstelten Versuch zu machen genötigt ist, diesen oft nicht nur schmerzhaften, sondern auch den Körper physisch beschädigenden Einwirkungen den Charakter einer Körperverletzung abzusprechen.

Auch Eingriffe in den menschlichen Körper zu wissenschaftlichen Zwecken und Untersuchungen lassen sich durch die Einwilligung rechtfertigen. Stellt sich jemand zu einem Experiment zur Verfügung, bei dem beispielsweise die Wirkung eines Serums ausgeprobt werden soll, so ist derjenige, der zu diesem Zwecke eine Injektion dieses Serums macht, trotz der Verletzung der körperlichen Integrität der Versuchsperson durch deren Einwilligung gerechtfertigt, da diese Handlung im Dienste der allgemeinen Gesundheit vorgenommen wurde und daher den guten Sitten entspricht.

Ebenso ist auch das Einstechen der Kanüle zur Blutentnahme, wie diese selbst, zum Zwecke einer Bluttransfusion mit Einwilligung des Spenders, weil sie der Rettung oder Gesundung eines Volksgenossen dient, nicht sittenwidrig und daher keine rechtswidrige Körperverletzung.

Kosmetische Operationen, wie Entfernen von Runzeln und Falten, Warzen und Muttermalen, Transplantationen und Gesichtsplastiken, durch die Veränderungen des Körpers vorgenommen werden, um schöner und ansehnlicher zu erscheinen, rechnen zu den Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit, deren Unrechtmäßigkeit durch die Einwilligung beseitigt wird, da sie nicht gegen die guten Stitten verstoßen. Dagegen würde derjenige, der einem verfolgten Verbrecher eine unkenntlichmachende Gesichtsplastik macht, oder ihm durch operativen Eingriff die Papillarlinien der Fingerspitzen verändert, und so einen Nachweis der Identität durch Fingerabdruck unmöglich macht, sich nicht nur wegen Begünstigung, sondern auch wegen Körperverletzung verantwortlich machen. Eine solche Tat ist trotz der Einwilligung unrechtmäßig, weil sie die Bestrafung eines Verbrechers

verhindert und daher natürlich gegen das gesunde Volksempfinden verstößt.

Auch der Tätigkeit des Friseurs, Manikeurs oder Pedikeurs wird durch die Einwilligung der Charakter einer Körperverletzung genommen. Es mag sich eigenartig anhören, beim Haarschneiden von einer Körperverletzung zu sprechen, aber wird es ohne Einwilligung vorgenommen, so liegt darin eine Körperverletzung, weil eine Verletzung der körperlichen Integrität vorliegt. Daß solche Fälle wirklich vor die Gerichte kommen, mögen die Zopfabschneiderprozesse aus der Besatzungszeit der Rheinlande beweisen, als diejenigen Mädchen, die sich mit Angehörigen der Besatzungstruppen einließen, durch Zopfabschneiden gebrandmarkt wurden[32]).

Was ärztliche Eingriffe in den menschlichen Körper zu Heilzwecken angeht[33]), so gelten sie im zukünftigen Recht im Gegensatz zu der jetzt üblichen Praxis der Gerichte, die den ärztlichen Heileingriff als eine durch die Einwilligung gerechtfertigte Körperverletzung ansieht, nicht mehr als Körperverletzungen. Damit wird der in der Wissenschaft seit langem vertretenen Ansicht Rechnung getragen[34]), wie auch bereits ein Teil der früheren Strafgesetzentwürfe im Abschnitt Körperverletzung ausdrücklich feststellte, daß Eingriff und Behandlungsweisen, die der Übung eines gewissenhaftes Arztes entsprechen, keine Körperverletzungen oder Mißhandlungen im Sinne des Strafgesetzbuchs seien. Das kommende Recht steht auf dem gleichen Standpunkt[25]). Damit eine an sich zwar sachgemäße Behandlung, die dem Patienten ohne oder gegen seinen Willen zuteil wird, aber nicht straflos ist, ist eine Sonderbestimmung vorgesehen, die zum Ausdruck bringt, daß eine solche eigenmächtige Heilbehandlung als Eingriff in die Willensfreiheit des Patienten, nämlich als Spezialfall der Nötigung strafbar ist, wobei die Fälle ausgenommen sind, in denen der Täter die Einwilligung nicht einholen konnte, ohne durch den Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernst zu gefährden[36]). Eine weitere Ausnahme stellt die in der Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen Band 151, Seite 349 ff. erörterte Möglichkeit dar, daß die Behandlung eines Kranken auch ohne Einwilligung zulässig ist, wenn ihre Unterlassung „eine Gefährdung der Volksgesundheit zur Folge haben könnte". Daß es sich aber dabei nur um Ausnahmen

32) Vgl. auch Schwarze i. d. Allgemeinen Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen, Bd. 16, S. 247.

33) Unter dem Titel „Ärztliche Eingriffe zu Heilzwecken und Einwilligung" befaßt sich Engisch in ZStW Bd. 58, S. 1 ff. mit diesem Thema. Jedoch behandelt er in erster Linie die Frage eines „Behandlungszwangsrechtes" des Arztes, setzt sich also mit Eingriffen des Arztes ohne Einwilligung des Patienten auseinander.

34) Näheres darüber bei Frank, Einleitung zu §§ 223 ff., Abschnitt 5.

35) Rietsch in D. k. D. StR. bes. Teil, S. 422 f.

36) Siehe S. 5 des Textes.

handeln darf und diese Ausnahmen nicht zur Regel werden dürfen, betont Engisch in seinem genannten Aufsatz[37]). Grundsätzlich muß die Einwilligung des zu Behandelnden zur Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffes erteilt sein.

Ursprünglich war die Bestimmung über Körperverletzung mit Einwilligung erlassen worden, um die Zulässigkeit der Vornahme der im Interesse der Rassenpflege notwendigen eugenischen Eingriffe wie Unfruchtbarmachung und Entfernung der Keimdrüsen rechtlich zu begründen[38]), denn dem stand die Strafbestimmung über schwere Körperverletzung, die den Verlust der Zeugungsfähigkeit als Folge einer Körperverletzung mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter einem Jahr bedroht, im Wege. Durch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses (Erbgesundheitsgesetz) vom 14. 7. 1933 hat die Regel über Körperverletzung mit Einwilligung in dieser Hinsicht ihre Bedeutung verloren, weil die Zulässigkeit der aus Gründen der Eugenik erfolgten Unfruchtbarmachung sowie Entfernung der Keimdrüsen durch das genannte Gesetz erschöpfend geregelt ist. In der amtlichen Begründung zu den §§ 14—15 wird besonders darauf hingewiesen, daß in den Fällen, die nicht auf medizinischer Indikation beruhen, die Sterilisation und Kastration eines Menschen den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, sodaß Strafverfolgung nach § 223 a bis § 225 StGB zu erfolgen hat.

Durch das Erbgesundheitsgesetz werden solche Sterilisationen, Kastrationen oder Schwangerschaftsunterbrechungen, die nach den Vorschriften dieses Gesetzes erfolgen, aus den Körperverletzungen mit Einwilligung im Sinne des § 226 a StGB herausgehoben. An sich liegt der Tatbestand des § 226 a StGB vor, jedoch bedeuten die übrigen Voraussetzungen zur Unrechtsausschließung einer solchen Verletzung der körperlichen Integrität wie z. B. die Vornahme des Eingriffs nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer ernsten Gefahr für Leben und Gesundheit oder zur Befreiung von einem entarteten Geschlechtstrieb usw. die Festlegung des Begriffes „gute Sitten" für diese Art von Körperverletzungen. Ist im Normalfall des § 226 a StGB dem Richter für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals gute Sitten Ermessensfreiheit gegeben worden, so hat hier der Gesetzgeber wegen der bevölkerungspolitischen und rassehygienischen Wichtigkeit das normative Tatbestandselement durch die gesetzliche Wertung ersetzt, die den Inhalt des Begriffs gute Sitten für das Gebiet eugenischer Eingriffe genau angibt. An Stelle der Regelung im Sinne des heutigen § 226 a StGB treten also die Sonderbestimmungen dieses Gesetzes, die im Rahmen dieses Abschnittes einer Betrachtung unterzogen werden sollen.

37) ZStW Bd. 58, S. 33.
38) Schäfer-Richter-Schafheutle, § 226 a, Anm. 1.

Der durch Gesetz vom 26. Juli 1935 eingeschaltete § 10 a und der durch das gleiche Gesetz neugefaßte § 14 des Erbgesundheitsgesetzes behandeln die Einwilligung im Zusammenhang mit der Verhütung erbkranken Nachwuchses in folgender Weise[39]). Im § 10 a spielt die Einwilligung insofern eine Rolle, als sie vorliegen muß, wenn die Schwangerschaft einer Frau bei Durchführung einer rechtskräftig angeordneten Unfruchtbarmachung unterbrochen wird. § 14 läßt in seinem Absatz I eine nicht nach den Regeln des Erbgesundheitsgesetzes vorgenommene Unfruchtbarmachung, Schwangerschaftsunterbrechung oder Entfernung der Keimdrüsen nur dann zulässig sein, wenn ein Arzt sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit desjenigen, an dem eine dieser Maßnahmen vorgenommen werden soll, und mit dessen Einwilligung vollzieht. § 14, II schreibt für die Entfernung der Keimdrüsen beim Manne seine Einwilligung vor, wenn jene nach amts- oder gerichtsärztlichem Gutachten erforderlich ist, um ihn von einem entarteten Geschlechtstrieb zu befreien, der die Begehung weiterer Verfehlungen im Sinne der §§ 175 bis 178, 183, 223 bis 226 des Strafgesetzbuches befürchten läßt. Die Anordnung der Entmannung im Straf- oder Sicherungsverfahren bleibt unberührt.

Abgesehen von den durch die Entscheidung der mit der Rassenpflege betrauten Sondergerichte angeordneten Fällen von Unfruchtbarmachung und Entfernung der Keimdrüsen, die in diesem Zusammenhang nicht interessieren, gibt es also auch eugenische Eingriffe, die von der Einwilligung des Betroffenen abhängig sind. Daraus ist ersichtlich, daß der Staat seine Aufgabe, ein rassisch hochwertiges Volk zu schaffen, in einer Weise durchführt, die dem Eigenleben des Einzelnen soviel Raum wie möglich läßt, indem er ihm die Möglichkeit gibt, durch Betätigung des eigenen Willens an der Erreichung eugenischer Ziele des Staates mitzuarbeiten. Der Staat achtet im Falle des § 10 a des Erbgesundheitsgesetzes die Liebe der Mutter zu ihrem werdenden Kind und legt die Entscheidung, damit aber auch die Verantwortung gegenüber dem Volke, in ihre Hand, ob sie der Volksgemeinschaft die Belastung mit einem höchstwahrscheinlicherweise erbkranken Menschen zumuten kann. Der Gesetzgeber bringt durch eine derartige Regelung zum Ausdruck, „daß der Staat sich jedenfalls jeden weiterreichenden Eingriffs als den der Unfruchtbarmachung dann enthalten will, wenn die Betroffene nicht in der Lage ist, sich von der Notwendigkeit des Eingriffs für das Wohl der Volksgemeinschaft zu überzeugen und dementsprechend ihre Einwilligung zu geben"[40]).

39) Siehe den auf S. 3 ff. des Textes zitierten Wortlaut der Bestimmungen.
40) Gütt-Rüdin-Ruttke, Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, 2. Aufl. S. 260.

Auch in § 14 wird dem Einzelnen die Befugnis eingeräumt, über seine Zeugungskraft, Fruchtbarkeit oder Leibesfrucht selbst zu entscheiden. Auch hier tritt der Gedanke zu Tage, daß der Staat nicht in die Eigensphäre des Einzelnen eingreifen will, wenn es das öffentliche Interesse nicht dringend erfordert. Gegen diese vernünftige Lösung dürften die Bedenken Siegerts[41]) wohl nicht aufrecht zu erhalten sein. Die Zeugungsfähigkeit und Mutterschaft sind Lebenswerte, über die der Mensch, solange es die Belange des Volksganzen nur irgendwie zulassen, allein entscheiden und verfügen sollte. Diese grundsätzliche, richtige Ansicht hat der Gesetzgeber in den oben genannten Bestimmungen niedergelegt, indem er es dem Willen des Betreffenden überläßt, auf Kosten der Mutterschaft oder geschlechtlichen Potenz eine Gefahr für Leben oder Gesundheit beseitigen zu lassen. Die Regelung des § 14, II ist ebenso zweckmäßig und richtig; sie kommt nur zur Anwendung, wenn in Straf- oder Sicherungsverfahren eine Entmannung nicht angeordnet wurde, da eine solche Anordnung gemäß § 14, II, Satz 2 unberührt bleibt. Wo die Entmannung nach der Entscheidung des Erbgesundheitsgerichtes nicht notwendig erscheint, ist die Volksgemeinschaft an ihr also nicht mehr in so hohem Maße interessiert, und es kann bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen vernünftigerweise nur von dem Willen des Betreffenden selbst abhängen, ob er sich von seinem entarteten Geschlechtstrieb befreien lassen will. Jedem anderen muß es untersagt sein, unbefugt in das intimste Eigenleben eines Menschen einzugreifen.

Interessant ist das Ergebnis eines Vergleichs, den man bei der Gegenüberstellung der Formulierung der Tatbestände Körperverletzung mit Einwilligung und denen des Erbgesundheitsgesetzes, soweit sie hier besprochen wurden, in Bezug auf die Stellung des Tatbestandsmerkmals „mit Einwilligung des Betreffenden" im Text der Gesetzesbestimmung ziehen kann.

Bei der Körperverletzung wird das Wort Einwilligung mit Nachdruck vor das weitere Tatbestandsmerkmal Verstoß gegen die guten Sitten gesetzt, das durch den Konditionalsatz nach nur die Bedeutung einer Ausnahme von der Regel erhält. Dadurch erscheint die Rechtmäßigkeit der Körperverletzung mit Einwilligung als der Normalfall und ist das bedeutendere Moment im Tatbestand.

Im § 10 a des Erbgesundheitsgesetzes folgt der Zusatz mit Einwilligung der Schwangeren erst nach der wichtigeren Voraussetzung, daß ein Erbgesundheitsgericht, das als die zuständige Behörde für die Wahrung der Belange der Volksgemeinschaft auf diesem Gebiete eingesetzt ist, rechtskräftig auf Unfruchtbarmachung erkannt hat, als ein weiteres Erfordernis zur Unterbrechung der Schwangerschaft und

41) Grundzüge S. 101.

beweist damit seine nebensächlichere Bedeutung gegenüber dem Interesse der Gesamtheit, nur dann eine Schwangerschaftsunterbrechung zuzulassen, wenn diese aus rassepolitischen Gründen erwünscht ist. Ebenso in § 14, wo für eine etwaige Unfruchtbarmachung oder Schwangerschaftsunterbrechung als wichtigere Vorbedingung eine ernste Gefahr für Leben oder Gesundheit des Unfruchtbarzumachenden oder der Schwangeren vorliegen muß, die durch einen Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst abgewendet werden soll. Erst danach ist von der Einwilligung die Rede, weil auch hier das Gemeinschaftsinteresse an der Erhaltung der Zeugungskraft durch Verhinderung der Sterilisation erbgesunder Volksgenossen, bzw. bei der Schwangerschaftsunterbrechung aus den oben genannten, für § 10 a ausgeführten Gründen, der Einwilligung des Einzelnen vorgeht.

Die verschiedenartige Wichtigkeit der Einwiligung des Betroffenen bei der Körperverletzung und im Erbgesundheitsgesetz ist ja auch erklärlich. Bei der gewöhnlichen Körperverletzung handelt es sich ja nur um das eine Glied der Volksgemeinschaft, das in seiner Verfügungsfreiheit über sich selbst wegen der geringen Rückwirkung auf die Gesamtheit viel mehr freier Spielraum gelassen werden kann, als bei der Sterilisation und Kastration, sowie der Schwangerschaftsunterbrechung, wo es sich um die Fortpflanzung und rassische Vervollkommnung des deutschen Volkes, um seine Zukunft handelt.

So hat der Gesetzgeber, ohne den Lebensraum des Einzelnen unnötigerweise einzuengen, dem Gedanken der Gemeinschaftsverbundenheit und der Verpflichtung des Einzelnen dem Volksganzen gegenüber je nach der Intensität der Interessen der Gemeinschaft Rechnung getragen.

Tötung auf Verlangen.

Die Bedeutung der Einwilligung in eine Tötung ist insofern eine Behandlung wert, als die Aufnahme einer dem bisherigen § 216 StGB entsprechende Bestimmung, in der die Tötung auf Grund einer zum Verlangen gesteigerten Einwilligung ein besonderer Tatbestand der Tötungsdelikte mit milderer Strafdrohung ist, für das zukünftige Recht noch umstritten ist[42]), und auch keine Stellung zu dem Problem der Sterbehilfe (Euthanasie) genommen werden soll[43]), obwohl in der Denkschrift des preußischen Justizministers[44]) die Schaffung eines solchen Tatbestandes angeregt worden ist. Das bisherige Recht hat die Frage nach der Wirkamkeit der Einwilligung insoweit beantwortet, als in § 216 StGB demjenigen Gefängnis nicht unter 3 Jahren androhte,

42) Graf Gleispach in D. k. D. StR. bes. Teil, S. 375 und 386.
43) Graf Gleispach in D. k. D. StR. bes. Teil, S. 375/76.
44) S. 86.

der durch das ausdrückliche und ernsthafte Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist. Also nicht eine bloße Einwilligung, sondern die Bestimmung zur Tötung durch das ausdrückliche Verlangen bewirkt ein mildere Bestrafung gegenüber der gewöhnlichen Tötung. Im Verlangen liegt aber eine Einwilligung, die ein Mehr der gewöhnlichen enthält, indem der Wille des Getöteten das primäre, ja das einzige Motiv zur Tat abgibt[45]). Diese Bestimmung sollte nach den Ergebnissen der ersten Lesung des Strafgesetzentwurfs nicht in das künftige StGB aufgenommen werden aus folgenden Gründen: „Die besonders milde Behandlung der Tötung auf Verlangen beruht auf individualistischer Einstellung. Grundsätzlich hat jedes Mitglied der Volksgemeinschaft die Pflicht, ihr zu dienen, Selbsttötung ist als Feigheit und Pflichtverletzung zu verwerfen, das Verlangen, getötet zu werden, also für den, der sich zur Tat bestimmen läßt, an sich kein entlastender Beweggrund. Die schwere Strafe für die Tötung hat nicht darin ihren Grund, daß der Lebenswille eines Einzelnen mißachtet wird, sondern in dem Angriff auf die Volksgemeinschaft, der in der Vernichtung jedes ihrer Mitglieder gelegen ist. Darum ist die Vorschrift von der Art des geltenden Rechts (§ 216) nicht gerechtfertigt, die Tötung auf Verlangen kann selbst zuchthauswürdig sein. Damit ist nicht gesagt, daß es nicht Fälle geben könnte, bei denen es sich auch um Tötung auf Verlangen handelt, und die milde behandelt werden sollen. Man denke etwa, daß ein schwer Leidender seine Frau anfleht, ihn zu töten und sie aus Mitleid der Bitte nachkommt“[46]). Solche Fälle sollten nämlich durch eine geplante, neuartige Zusammenfassung aller Tötungsdelikte in einen Tatbestand, der die bisherigen § 211—217 StGB umfassen sollte, einer milderen Beurteilung teilhaftig werden, da die Mindeststrafe in diesem zusammengefaßten Tötungstatbestand auf 6 Monate Gefängnis festgesetzt werden sollte[47]). In der 2. Lesung des Entwurfs hat man dann aus systematischen Gründen die Tötungsdelikte abgestuft in solche aus

a) niederen, besonders verwerflichen Beweggründen,
b) verwerflichen Beweggründen,
c) minderverwerflichen Beweggründen,

45) A. A. Joski, a. a. O. S. 26, der die Ausdrücke Verlangen und Einwilligung wahllos ohne jede Unterscheidung gebraucht. Ebenso Ortmann, Über Verletzung, insb. Tötung eines Einwilligenden in Goldt.Arch. Bd. 25, S. 118 ff., der wenigstens den allerdings mißlungenen Versuch macht, den synonymen Charakter beider Bezeichnungen aus der Entstehungsgeschichte des § 216 StGB und durch Vergleich mit § 142 StGB zu beweisen. In neuerer Zeit (1911) noch Mannheimer, Die Einwilligung in eine Körperverletzung, Diss. Heidelberg, S. 66.

46) Graf Gleispach, a. a. O.

47) derselbe a. a. O. S. 373.

und in keiner dieser drei Gruppen war die Tötung auf Verlangen korrekterweise unterzubringen. Daher wurde beschlossen, die Tötung auf Verlangen doch als Sondertatbestand in den Entwurf aufzunehmen, allerdings nicht ohne Hinweis auf die Aufrechterhaltung der grundsätzlichen Ausführungen, die zum Entwurf erster Lesung gemacht worden sind.

Dieser Entschluß, doch eine Bestimmung im Sinne des geltenden § 216 aufzustellen, ist sehr zu begrüßen, mag auch die Begründung eigenartig anmuten. Die Notwendigkeit einer andersartigen Behandlung der Tötung auf Verlangen ergibt sich doch aus dem Unterschied, der zwischen dieser und der gemeinen Tötung besteht. Gewiß wird das Interesse der Volksgemeinschaft in diesem wie in jenem Falle dadurch verletzt, daß ihr eines ihrer Glieder genommen wird, aber im Falle der gemeinen Tötung wird doch auch weitgehend in die Willenssphäre des Getöteten eingegriffen, indem der am stärksten ausgeprägte Wille des Einzelnen, der Wille zur Selbsterhaltung, mißachtet wird, im anderen Falle dieses Merkmal brutaler Kulturwidrigkeit aber fehlt. Nur wenn der Einzelne als Objekt aufgefaßt wird und ihm ein Eigenleben innerhalb der Volksgemeinschaft vollkommen abgesprochen wird, wäre die Auffassung, die sich gegen eine Sonderbehandlung der Tötung auf Verlangen ausspricht, haltbar. Das würde aber eine maßlose Überspannung des ganzheitlichen Denkens bedeuten, die durchaus nicht der herrschenden Weltanschauung entspricht. Gewiß ist das Interesse des Volksganzen wichtiger als das Einzelinteresse, aber wohlgemerkt „wichtiger" im Gegensatz zu wichtig, womit gesagt sein soll, daß auch das Einzelinteresse von Wichtigkeit ist. Auch ein Leitsatz des heutigen Staates, der als Wahlspruch auf den Geldmünzen zu lesen ist: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" beweist die berechtigte Existenz des Eigeninteresses, das allerdings dem Gemeinnutz, dem Interesse der Gesamtheit nachgeht. Der nationalsozialistische Staat gestattet dem Einzelnen also sehr wohl ein Eigenstreben, ja er wünscht es sogar in vielen Fällen, z. B. um durch Wettbewerb Höchstleistungen zu erzielen. Warum sollte der Eigenwille hier, wo es sich um Leben und Tod handelt, als völlig bedeutungslos bewertet werden und derjenige, der dem Willen des Getöteten zuwider oder aber entsprechend gehandelt hat, unterschiedslos nach der gleichen Strafbestimmung beurteilt werden? Es soll hier gewiß nicht der Straffreiheit der Tötung auf Verlangen das Wort geredet werden, aber denjenigen, der in viehischer Weise mordet, und denjenigen, der den ersehnten Tod eines Schwerleidenden auf dessen Flehen hin — vielleicht dem eigenen Wunsche des Täters entgegen — herbeiführt, gleichzusetzen, indem man sie nach derselben Strafbestimmung, wenn auch vielleicht verschieden scharf aburteilt, wie das in der ersten Lesung des Entwurfs beabsichtigt war, das dürfte in keiner Weise dem Rechtsempfinden des Volkes entsprechen und

nicht den Anspruch erheben können, volksnahes Recht genannt zu werden.

Auch mit dem Streben nach einem Willensstrafrecht ist die Absicht des Entwurfs, 1. Lesung, keinen Sondertatbestand, der dem § 216 StGB entsprechen würde, aufzustellen, kaum zu vereinbaren. In einem Willensstrafrecht soll doch der verbrecherische Wille des Täters vor allen Dingen bestraft werden und nicht der mehr oder weniger schädliche Erfolg. Der Wille eines Täters, der sowohl die Gemeinschaft, wie ihr Glied als solches verletzt, muß doch verwerflicher sein, als wenn der Täter allein gegen das Gemeinschaftsinteresse verstoßen will. Ein ähnlicher Gedanke findet sich auch in der Denkschrift des preußischen Justizministers[48]), die einen besonders zu behandelnden Straftatbestand vorschlägt, weil die Beweggründe der Tat auf ganz anderem Gebiet liegen und daher die Strafwürdigkeit anders bewertet werden muß, als die der gemeinen Tötung.

Darum muß entschieden der Standpunkt vertreten werden, eine Sonderbestimmung „Tötung auf Verlangen" in das zukünftige Strafgesetzbuch aufzunehmen, wie das alle bisherigen Entwürfe vorgesehen hatten[49]), weil es sich hier um ein ganz anderes als die gemeinen Tötungsdelikte handelt. Wer einen anderen auf dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen tötet, ist weder Mörder noch Totschläger[50]).

Das Verlangen des Getöteten als qualifizierte Einwilligung muß daher als Umstand angesehen werden, dem beileibe nicht rechtfertigende, sondern tatbestandsändernde und damit verbunden strafmildernde Bedeutung zukommt.

In diesen Zusammenhang gehört auch eine Unterart der Tötung auf Verlangen, die Sterbehilfe, in der Literatur vielfach „Euthanasie" genannt. Binding[51]) versteht darunter „die Verdrängung der schmerzhaften, vielleicht auch noch länger dauernden, in der Krankheit wurzelnden Todesursache durch eine andere" oder wie er sich später ausdrückt[52]) „die Verdrängung der vorhandenen Todesursache durch eine andere von gleicher Wirkung, welche die Schmerzlosigkeit vor ihr voraus hat". Das sei keine Tötungshandlung im Rechtssinne, sondern in Wahrheit reine Heilbehandlung. „Die Beseitigung der Qual ist auch Heilzweck"[53]). Gleispach[54]) umschreibt die herrschende Ansicht über den Umfang der echten Sterbehilfe als die Unterlassung des Arztes, ein bereits erlöschendes, qualvolles Leben künstlich zu verlängern oder

48) S. 86.
49) L. Schäfer, Die Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927 S. 323 (Tabelle).
50) Preußische Denkschrift a. a. O.
51) in Binding-Hoche, Die Freigabe lebensunwerten Lebens, 2. Aufl. S. 17. Vgl. auch Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtssprechung, S. 275.
52) a. a. O. S. 18.
53) Binding, Handbuch I, S. 803.
54) in D. k. D. StR. bes. Teil, S. 375—76.

die Verwandlung des Todeskampfes in ein sanftes Hinüberschlummern. Die Tatsache, daß sich unter der Herrschaft des geltenden Rechts, das auch keine besondere Euthanasievorschrift kennt, eine solche richtige Ansicht herausgebildet habe, die unter den oben genannten Umständen keine Tötung, sondern Euthanasie annimmt, lege es nahe, auch in das neue Strafrecht keine besondere Bestimmung aufnehmen. Dabei läßt die Kommission noch einige andere Beweggründe mitsprechen. So fürchtet sie eine Schwächung der Kraft der sittlichen Norm des Tötungsverbotes, wenn aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen Ausnahmen für die Opfer schwerer Erkrankungen und Unfälle gemacht würden. Auch könne bei einer freieren Handhabung der Sterbehilfe das Vertrauen der Kranken zum Ärztestand erschüttert werden. Klee[55]) erscheint die Euthanasie als Unterfall der Tötung auf Verlangen einer Ausnahmebehandlung bedürftig, wenn man nicht mit der Kommission alles auf die Kraft des Gewohnheitsrechts abstellt, die ein solches Samariterwerk vor dem Zugriff der Strafverfolgung schon jetzt sichert.

Damit scheint die Aussicht, eine Vorschrift über die Sterbehilfe im zukünftigen Strafgesetzbuch zu haben, nicht mehr zu bestehen[56]), trotz der Anregung, die die Denkschrift des preußischen Justizministers mit ihrem ausgearbeiteten Vorschlag gegeben hatte[57]). Falls die Tötung nur das Mittel ist, um einen schwerleidenden, hoffnungslos Kranken von der Qual seines Leidens zu befreien, und daher die Tat Ausfluß der Menschlichkeit und des Mitleides gegenüber dem Kranken und seinen Angehörigen ist, sollte die Tat als Euthanasie straffrei bleiben. Jedoch war zur Vermeidung von Mißbräuchen die Schaffung von gewissen Sicherungen vorgesehen. So sollte der Täter staatlich zugelassener Arzt, der Leidende unheilbar krank und diese Tatsache durch das Gutachten zweier beamteter Ärzte festgestellt sein.

Es ist zweifelhaft, ob die Absicht der Kommission, zu diesem Problem im Gesetz nicht ausdrücklich Stellung zu nehmen, dieser positiven Regelung der Denkschrift vorzuziehen ist, die ihrerseits den Nachteil der Umständlichkeit und Schwerfälligkeit hat. Jedoch könnte bei der beabsichtigten Nichtregelung zur Erzielung einer einheitlichen Behandlung der Euthanasiefälle durch eine Dienstanweisung an die Strafverfolgungsbehörde angeordnet werden, daß dann, wenn der Arzt es auf Verlangen des Leidenden unterläßt, ein bereits erlöschendes, qualvolles Leben künstlich zu verlängern oder den Todeskampf in ein sanftes Hinüberschlummern verwandelt, nicht zur Anklage gebracht

55) D. k. D. StR. Allgem. Teil, 2. Auflage, S. 88.

56) Schon bei der Beratung des amtl. Entwurfs von 1927 im Strafrechtsausschuß des Reichstags wurde der Antrag, als Absatz 2 zu § 247 (Tötung auf Verlangen) eine Euthanasievorschrift aufzunehmen, abgelehnt. S. Materialien zum Entwurf 27, 64. Sitzung vom 14. 5. 29.

57) S. 86/87.

werden sollen. Wenn damit dieser besonders gearteten Einwilligung - dem Verlangen des Getöteten — im Gesetz auch nicht ausdrücklich die Stellung eines Unrechtausschließungsgrundes eingeräumt sein würde, wie das die Denkschrift des preußischen Justizministers vorschlug, so hätte sie dann doch wenigstens strafbefreiende Wirkung.

Ehrverletzung.

Seit die Ehre nicht mehr zu den unveräußerlichen oder Urrechten gerechnet wird, legt man dem Satz volenti non fit iniuria auf dem Gebiete der Ehrverletzungen strafrechtliche Bedeutung bei, wobei unter Ehre die Achtung im Kreise der anderen, die Geltung im Urteil der Mitmenschen zu verstehen ist[58]); ihre Verletzung also den Ausdruck der Mißachtung oder des Unwertes bedeutet. Ein Interesse an ihrer Unversehrtheit kann in einer ausgeprägt individualistischen Lebensordnung nur der Einzelne haben, da von diesem Standpunkte aus betrachtet jeder Mensch als freie Einzelpersönlichkeit angesehen wird, deren Beziehung zum Staat als einzige den Schutz des Individuums bezweckende Gemeinschaftsbindung nur so weit geht, wie zur unangetasteten Existenz des Einzelnen und zur Aufrechterhaltung der staatlichen Organisation nötig ist. Da die Wertung des Einzelnen für die Belange des liberalen Staates grundsätzlich unerheblich ist, ist die Ehre nur im Interesse der Einzelperson geschützt. Diese kann nun an ihr und ihrem Schutz mehr oder weniger oder auch gar nicht interessiert sein. Gibt jemand durch die Einwilligung in eine Ehrverletzung das Interesse an seiner Ehre preis, so besteht kein Grund, den Täter zu bestrafen, da den Staat die Verletzung der Ehre des Einzelnen nicht berührt, der Einzelne aber durch seine Einwilligung seine Gleichgültigkeit gegenüber dem Rechtsgut Ehre kundgetan und auf staatlichen Rechtsschutz verzichtet hat. Diesen Standpunkt vertritt die Literatur der liberalen Rechtsauffassung einhellig[59]), und auch die Rechtsprechung ist, wenn auch nicht so ganz einheitlich, dieser Ansicht. In RGE Bd. 10, S. 372 (374) und RGLZ 1915, S. 1077 bleibt die Anwendung des Satzes volenti non fit iniuria für die Beleidigung dahingestellt, die Entscheidung RGE Bd.60, S. 34 (35) mißt dem Einverständnis des Betroffenen mit der Tat zwar Bedeutung bei, „jedoch keineswegs vermöge des bürgerlich-rechtlichen Grundsatzes volenti non fit iniuria, der ein der privatrechtlichen Verfügung unterliegendes Recht oder Rechtsverhältnis nicht ein Rechtsgut wie die Ehre voraussetzt." Dagegen sprechen sich RG Goldt. Arch. Bd. 51, S. 44, RGE Bd. 41, S. 392 (398), RMGE Bd. 17, S. 111, RGJW, S. 2060,

58) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, S. 506.

59) Nähere Angaben bei Frank, Vorbemerkung zu §§ 185 ff. IV, Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 510, Leipziger Kommentar, § 185, Anm. 10.

$_{19}$, RGJW 1936, S. 1446, $_{47}$, RGJW 1936, S. 2229$_{30}$, deutlich für die rechtfertigende Wirkung des Einverständnisses des Betroffenen auf Grund der Anwendbarkeit des Satzes volenti non fit iniuria aus.

Schon früher wurde erkannt,[60]) daß die Beleidigung einer Einzelperson ihren Privatcharakter verlieren könne, daß in ihr zugleich eine Beleidigung staatlicher Einrichtungen oder Behörden liegen und dann die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung einer Einzelperson nicht Platz greifen könne, weil die von dem unmittelbar Beleidigten erteilte Einwilligung in die ehrverletzende Handlung keinesfalls die zugleich das Gemeinwohl gefährdende Beleidigung rechtfertigen kann.

Da die herrschende, ganzheitliche Weltanschauung den Menschen nicht mehr als Einzelnen, sondern in seiner Stellung als Glied von Gemeinschaften sieht — als wichtigste ist zu nennen die Volksgemeinschaft, daneben Familie, Sippe, politische Organisation, Betriebsgemeinschaft usw. — wird der Individualcharakter der Einzelpersönlichkeit weitgehend negiert, und der Mensch wird nicht mehr als freies Individuum, sondern als Teil des Ganzen, als Genosse der Gemeinschaft angesehen. Es fragt sich, ob diese seine Gliedstellung in der Gemeinschaft den Rest seiner Eigenpersönlichkeit so überschattet, daß jede Beleidigung des Genossen eine Ehrverletzung der engeren oder weiteren Gemeinschaft bedeutet.[61]) Diese so generell gestellte Frage muß unter allen Umständen verneint werden. Jedem Menschen bleibt eine gewisse Privatsphäre; denn der Einzelne ist nicht vollkommen in der Gemeinschaft aufgegangen, eine Tatsache, die niemand leugnen kann. Eine Beleidigung, die diese Sphäre, die jedem Glied der Gemeinschaft zu seinem eigenen Leben zur Verfügung steht, berührt, greift die Ehre der Gemeinschaft Volk, Familie usw. nicht an. Die Grenze dieser privaten Sphäre gegenüber der Gemeinschaftssphäre ist naturgemäß nicht immer leicht festzustellen, doch sollte man erstere gerade, was die Beleidigung angeht, nicht zu eng ziehen. Eine Beleidigung des Einzelnen wird für die Ehre der Gesamtheit weniger oft von Bedeutung sein. Ein Beispiel dürfte in der Regel die Beleidigung Adolf Hitlers, des Führers der Volksgemeinschaft, sein, wodurch Volk und Reich als solche mitbeleidigt sind. So entschied auch das Reichsgericht im Urteil des I. Senates vom 1/9/35 (JW 1935, S. 3384, $_{13}$), daß der § 134a des StGB (Beschimpfung des Reiches und der Länder) dann anzuwenden ist, weil „abfällige Bemerkungen, die über jenen (den Führer und Kanzler) gebraucht werden, in der Regel auch das Reich treffen müssen, indem dieses in der Person seines mit ihm aufs

60) Breithaupt, volenti ... S. 73.

61) Vgl. zu dieser Frage die ausführlichen „Bemerkungen zur Beleidigungslehre im geltenden und künftigen Strafrecht" von Gerland in Ger.Saal Bd. 110, S. 9 ff.

engste verbundenen Führers in aller Welt sichtbaren Vertreters selbst herabgewürdigt wird."[62])

Für die Ehrverletzung innerhalb der Gemeinschaft Familie muß gleiches angenommen werden, und die Beleidigung eines Familienangehörigen wird in manchen Fällen zugleich eine Verletzung der Familienehre sein. Wurde unter der früher herrschenden liberalen Strafrechtsauffassung die Existenz der Familienehre stets abgelehnt,[63]) da die Ehre nur dem Einzelnen zustehe, so ist heute im neueren Schrifttum und in der Strafrechtskommission wie in der Rechtsprechung[64]) die Möglichkeit von Angriffen auf die Familienehre und damit ihr Dasein durchaus anerkannt. Dadurch, daß ein Mitglied der Familie beleidigt wird, kann auch diese in ihrer Gesamtheit mitbeleidigt werden. Die Ehrverletzung abzuwehren, sind die männlichen Mitglieder der Familie berufen[65]). Der Vater als der verantwortliche Inhaber der Schutzgewalt wird durch die Beleidigung seiner Tochter in seiner Ehre mitbetroffen,[66]) oder wie Dahm[67]) es über die Familie hinaus allgemeiner formuliert: „Die Beleidigung des Gemeinschaftsmitgliedes trifft die ganze Gemeinschaft und namentlich das Haupt der Gemeinschaft." Daher kann die Einwilligung des einzelnen Familienmitgliedes die Rechtswidrigkeit der Beleidigung nicht immer ausschließen. Zwar liegt dem einwilligenden Familienangehörigen gegenüber keine Beleidigung vor, jedoch kann die Familienehre, deren Wahrung hauptsächlich in den Händen des Oberhaupts der Familie, des Ehemanns und Vaters, liegt, mitbetroffen und die Beleidigung insofern nicht gerechtfertigt worden sein. Allerdings ist generell nicht zu sagen, wann nur das Familienmitglied und wann die Familie mitbeleidigt ist, das kann nur im Einzelfalle entschieden werden. So spielt z. B. die Zugehörigkeit der Kinder zum elterlichen Haushalt, ihre mehr oder minder selbständige Stellung im Berufsleben, das Verwandtschaftsverhältnis usw. bei der Beantwortung dieser Frage eine Rolle. Hier den Grad der Gemeinschaftsbindung festzustellen, ist nur der urteilende Richter unter Berücksichtigung solcher Umstände und bei genauer Kenntnis des Sachverhalts für jeden Einzelfall in der Lage. Festzuhalten ist jedenfalls, daß die Einwilligung in eine Ehrver-

62) Anders noch, allerdings vor Erlaß des Gesetzes über das Staatsoberhaupt des deutschen Reiches vom 1. 8. 34, in der Reichsgerichtsentscheidung des II. Senates vom 26. 10. 33 (JW 1934, S. 904, 15). S. auch die gegenteilige, der Entscheidung vom 1. 9. 35 entsprechende Ansicht Dahms in seiner Rezension dieses Urteils.

63) Ansätze zeigten sich zwar schon in § 195 StGB, wo auch dem Ehemann bei Beleidigung seiner Frau ein Strafantragsrecht zusteht.

64) Schon in RGE Bd. 60, S. 1 ist gesagt, daß in dem Ehebruch mit der Frau meistens eine Beleidigung des Mannes liegt.

65) RGJW 1936, S. 930 (31) auch RGE Bd. 70, S. 94.

66) RGJW 1936, S. 2229—31.

67) D. k. D. StR. Bes. Teil S. 411.

letzung den Täter nicht immer vor Strafe bewahrt, da möglicherweise neben der durch die Einwilligung dem Betroffenen gegenüber gerechtfertigten Ehrverletzung auch die Gesamtehre der Familie oder einer sonstigen Gemeinschaft berührt sein kann, und die Einwilligung ihres Angehörigen nicht soweit reicht, auch dieser Beleidigung die Widerrechtlichkeit zu nehmen.

Noch weniger oft als bei der Gemeinschaft Familie wird man z. B. bei einer Betriebsgemeinschaft, einer Abteilung der Wehrmacht oder einer politischen Organisation von der Verletzung einer Gesamtehre sprechen können, wenn einer der Mitglieder dieser Gemeinschaft beleidigt wird. Aber auch hier sind Fälle denkbar, wenn auch davor gewarnt werden muß, ganz allgemein eine Ehrverletzung des Genossen mit einer Ehrverletzung der Gesamtheit zu identifizieren. Es läßt sich trotz allem Streben nach Gemeinschaftsgebundenheit nicht leugnen, daß es neben der Kollektivsphäre eine Privatsphäre im Leben des Einzelnen gibt, daß dem Volksgenossen ein gewisser Lebensbereich belassen worden ist, in dem er nicht als Genosse der Gemeinschaft auftritt. Diese sich aus den verschiedenartigsten tatsächlichen Umständen sich ergebende Unterscheidung läßt sich aber nicht allgemein festlegen und in eine starre Regel pressen. Hier wird der Richter gegebenenfalls die Entscheidung treffen müssen, ob das Gemeinschaftsinteresse mitverletzt ist und daher die Einwilligung eines Einzelnen die Rechtswidrigkeit nicht ausschließen kann.

Sachbeschädigung.

Nach den einleitenden Untersuchungen, welche Delikte für unsere Problemstellung in Frage kommen, blieb von den Vermögensdelikten nur die Sachbeschädigung übrig. Abgesehen von der Tatsache, daß der Tatbestand der Sachbeschädigung in Richtung der Unbrauchbarmachung und bloßen Entziehung der Sache erweitert werden wird, ist grundsätzlich keine Änderung des heutigen § 303 StGB geplant[68]), wobei hervorzuheben ist, daß auch im neuen Recht die zu beschädigende Sache eine fremde sein muß[69]). An diesem Gesichtspunkt knüpft Keßler[70]) an, indem er aus dem Umstand, daß das Gesetz nur die Zerstörung oder Beschädigung einer f r e m d e n Sache unter Strafe stellt, die Schlußfolgerung zieht, daß der alleinige Zweck dieser Norm der sei, das Interesse des Eigentümers zu schützen, wie er einen allgemeinen Satz gefunden hat: „Wenn gewisse Handlungen allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen verboten sind, so liegt hierin der vollgültige Beweis dafür, daß das Interesse nur dieses einen Indi-

68) Kohlrausch in D. k. D. StR. bes. Teil, S. 491.
69) derselbe a. a. O. S. 492.
70) a. a. O. S. 67.

viduums durch dieses Gesetz geschützt werden soll", daß folglich die mit Einwilligung dieses Individuums vorgenommenen Handlungen unverboten seien. Mag dieser Schluß auch in seiner Allgemeinheit nicht aufrecht zu erhalten sein, für die Sachbeschädigung trifft er zu.

Es entsteht nun die Frage, ob auch heute bei der herrschenden, ganzheitlichen Weltanschauung das Eigentum der freien Verfügung des Eigentümers oder des an seiner Stelle Verfügungsberechtigten (Vormund, Konkursverwalter) unterliegt. Das ist zweifellos grundsätzlich zu bejahen. Der heutige Staat hält an der Auffassung fest und unterscheidet sich so vom kommunistischen, daß das Privateigentum als Grundlage einer Privatwirtschaft ein fundamentales Element einer gesunden wirtschaftlichen Entwicklung der deutschen Nation ist. Daß zur Erreichung der materiellen Ziele der Einzelnen nicht den Interessen des Staates zuwider gehandelt werden darf, leuchtet ein, denn über allem steht der Grundsatz: Gemeinnutz geht vor Eigennutz! aber gerade dieser Grundsatz beweist auch die Tatsache, daß Eigennutz erlaubt, ja im Interesse der Gesamtwirtschaft, allerdings in den angegebenen Grenzen, notwendig ist. Zwar gibt es im Privateigentum stehende Vermögenswerte, über die der Eigentümer nicht unbeschränkt verfügungsberechtigt ist. So beschneidet das Reichserbhofgesetz in seinem § 37 nicht nur die Verfügungsberechtigung über Grund und Boden sondern auch über Zubehör, selbst soweit es nicht zur Bewirtschaftung des Hofes notwendig ist, wie beispielsweise das Traditionszubehör, worunter alte Möbel, Zinn- und Kupfergeschirr, Geweihe, Familienbilder und Briefe, sowie Urkunden mit Erinnerungswert zu zählen sind. Auch das Reichsnaturschutzgesetz verbietet in § 16, an einem dem Naturschutz unterliegenden Gegenstand Veränderungen vorzunehmen, ihn zu entfernen oder zu zerstören. Der Staat schützt also in gewissen Fällen das Privateigentum, an dem er aus gewissen Gründen besonders interessiert ist, vor Vernichtung, Beschädigung oder Verschleppung, indem er dem Eigentümer Beschränkungen in der Verwertung und Verwendung der für die Allgemeinheit wichtigen Rechtsgüter auferlegt, wie er ja auch diesem Gedanken entsprechend im § 304 des noch geltenden StGB die gemeinschädliche Sachbeschädigung unter hohe Strafe gestellt hat. Grundsätzlich läßt der Staat aber den Eigentümer mit seiner Habe frei schalten, soweit nicht ausdrücklich eine Beschränkung in der Verfügung über das Privateigentum ausgesprochen ist.

Gleiches ist nun auch anzunehmen, wenn der Eigentümer über seine Sache nicht selbst, sondern ein anderer mit Einwilligung des Eigentümers darüber verfügt, indem er sie z. B. beschädigt oder zerstört. So wäre auch hier die Regel aufzustellen, daß eine Sachbeschädigung mit Einwilligung wegen der rechtfertigenden Kraft der Einwilligung straflos bleibt.

Um die Gemeinschaftsfunktion, die in einer sozial eingestellten Weltanschauung jedem Privateigentum innewohnt, zu sichern, erscheint es doch zweckmäßig, im kommenden Recht bei der Sachbeschädigung mit Einwilligung des Berechtigten die gleiche Ausnahme von der Regel zu machen, wie bei der Körperverletzung. Nur dann ist also eine Sachbeschädigung rechtswidrig, wenn sie trotz der Einwilligung des Eigentümers gegen die guten Sitten verstößt, wobei auf die zu der Formulierung „Verstoß gegen die guten Sitten" bei der Körperverletzung mit Einwilligung gemachten Ausführungen zu verweisen ist. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt also vor, wenn die Zerstörung oder Beschädigung einer Sache dem gesunden Volksempfinden widerspricht, wobei die Richtlinien, wenn eine Sachbeschädigung gemeinschafts- also sittenwidrig ist, durch Gesetze wie sie oben erwähnt wurden, zu entnehmen sind. Dann wäre der Volksschädling, der mit Einwilligung des über den Ablieferungszwang erbosten Eigentümers das Korn auf dem Felde verbrennt, nicht nur behelfsmäßig durch Unterbringung im Konzentrationslager oder Schutzhaft zu bestrafen, sondern seine Tat unterläge dem Strafgesetz und wäre im normalen Strafverfahren zu ahnden.

Vierter Teil.

Beschaffenheit und Erfordernisse der Einwilligung.

Nachdem beleuchtet worden ist, in welchen Fällen heute die Einwilligung in der Hauptsache eine Rolle spielt und welche Wirkung sie hat, steht nun die Frage offen, wie die Einwilligung beschaffen sein und welchen Erfordernissen sie genügen muß, um strafrechtlich von Bedeutung — sei es unrechtausschließend, strafmildernd oder tatbestandsausschließend — zu sein.

Stellt man sich auf den Zitelmann'schen Standpunkt, die Einwilligung sei ein bürgerlich-rechtliches Rechtsgeschäft, so wäre das Problem nach den Erfordernissen der wirksamen Einwilligung leicht gelöst, indem man die zivilrechtlichen Sätze über die Rechtsgeschäfte anwendet. Da die Rechtsgeschäftstheorie aber als unrichtig abgelehnt werden muß und auch das Strafrecht keinen positiven Anhaltspunkt bietet, sind die einzelnen Gesichtspunkte, die als Erfordernis zur Wirksamkeit der Einwilligung in Frage kommen, getrennt und unter Heranziehung allgemeiner Erwägungen zu untersuchen.

Wie schon oben hervorgehoben, muß dem Einwilligenden die ausschließliche Verfügungsberechtigung über das betreffende Rechtsgut, das durch die Rechtsordnung geschützt werden soll, (Körper, Ehre, Vermögen) zustehen, oder wie von Weber[1]) es ausdrückt, muß das Schutzobjekt des Strafgesetzes ein subjektives Interesse sein. Schon weiter oben wurde darauf hingedeutet, daß das Rechtsgut nicht auch für die Gesamtheit bedeutungsvoll sein darf, das mit Einwilligung des Betroffenen verletzt werden soll. Aber nicht nur in dieser Hinsicht, sondern auch insofern spielt die Frage nach der Verfügungsbefugnis eine Rolle, als es sich zwar nicht um ein in öffentlichem, sondern in rein privatem Interesse stehendes Rechtsgut handelt, an dem aber Rechte Dritter bestehen. Steht zum Beispiel einer Sache im Miteigentum mehrerer, so rechtfertigt nicht die Einwilligung nur eines, sondern nur die Einwilligung aller Miteigentümer eine etwaige Sachbeschädigung. Ebenso ist die Einwilligung nicht wirksam, die ein Eigentümer einer pfandbelasteten Sache in ihre Zerstörung erteilt, weil das

1) Das Notstandsproblem, S. 48.

den Zweck der Pfandbestellung, nämlich die Sicherung eines Anspruches, vereiteln würde[2]). Die durch einen Vorerben erteilte Einwilligung in die Beschädigung eines Gegenstandes aus der Vorerbschaft kann die Rechtswidrigkeit der Tat auch nicht ausschließen, weil sie stets eine Verhinderung des Rechts des Nacherben enthält, über das der Vorerbe nicht verfügungsberechtigt ist[3]). Damit also die Einwilligung eine Straftat rechtfertigen kann, ist als Grundbedingung erforderlich, daß der Einwilligende allein die Macht hat, über das zu verletzende Rechtsgut zu verfügen, und nur sein Interesse, nicht auch unmittelbar diejenigen Dritter verletzt werden.

Was die Art und Weise der Erteilung der Einwilligung anbetrifft, herrschen bedeutende Meinungsverschiedenheiten. Die einen halten bewußte Zustimmung[4]) des Einwilligenden zu der Handlung des Täters für ausreichend und lassen die Willensrichtung als rein internen Vorgang genügen, ohne daß die Einwilligung irgendwie in der Außenwelt in Erscheinung tritt[5]), und ziehen den gewöhnlichen Sprachgebrauch zum Beweise heran. Dem naheliegenden Einwand, daß im Privatrecht ein nicht in Erscheinung tretender Wille ohne rechtliche Bedeutung sei, entgegnet von Weber[6]), daß das nicht für die Feststellung im Strafrecht gelte, ob eine Handlung, die dem Willen des Betreffenden entsprochen hat, rechtswidrig war. Anderen scheint es bedenklich, einem so unsicheren, im allgemeinen auch unbeweisbaren Vorgang wie ein bloßer gedanklicher Entschluß rechtliche Erheblichkeit beizumessen, sodaß es nicht angängig erscheint, einer inneren Willensrichtung die Fähigkeit einzuräumen, die Rechtswidrigkeit einer Handlung aufzuheben[7]). „Gedanken sind zollfrei und haben als seelische Vorgänge, ohne Willensäußerungen zu sein, nur die Bedeutung, Willensakte zu charakterisieren“[8]). Diese Meinung, die für die Einwilligung das Erfordernis ihrer Erklärung, sei es ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung, aufstellt, ist neuerdings die herrschende[9]), und ihrem Ergebnis ist beizupflichten. Allerdings kann die Begründung, auf die man bisher diese Ansicht stützte, nicht anerkannt werden. An sich ist der Willensrichtungstheorie zuzugeben, daß durch die Aufgabe des Interesses an dem zu schützenden Rechtsgut die Schutz-

---

2) Vgl. § 289 StGB (Pfandverschleppung), auch § 288 StGB.

3) Vgl. § 2113, Abs. 2 BGB; in den letzten beiden Fällen ist die Einwilligung auch wegen Unsittlichkeit unwirksam.

4) Binding, Handbuch I, S. 727.

5) Holer, a. a. O. S. 72.

6) a. a. O. S. 49, ebenso Lobe im Leipziger Kommentar 5. Aufl. Einführung, S. 45.

7) Gerland, Die Selbstverletzung und die Einwilligung des Verletzten in VDA Bd. II, S. 491.

8) Keßler in Kritische Bemerkungen ... G.S. Bd. 38, S. 566.

9) Gesetzentwürfe 1919, 1927, 1930; Preußische Denkschrift S. 90; die Er-

funktion des Strafrechts hinfällig geworden ist, weil der Berechtigte den Schutz nicht mehr begehrt. Die Einwilligung als Aufgabe des strafrechtlichen Schutzes für das fragliche Rechtsgut nimmt diesem die durch das Recht gewährleistete Sicherung vor Verletzungen; ein Angriff auf dieses Gut widerspricht dem Recht also nicht, ist daher nicht rechtswidrig. Ob der Verzicht des Einwilligenden auf strafrechtlichen Schutz seiner Rechtsgüter nun verlautbart wird oder nicht, an die Außenwelt dringt oder nicht, ist gleichgültig. Wesentlich ist der Entschluß des Betreffenden — mag dieser geäußert sein oder nicht — den Schutz des Strafrechts nicht in Anspruch zu nehmen, indem er in die bestimmte Interessenverletzung einwilligt. Damit entfällt der Grund zum Eingreifen des Strafrechts.

Damit ist aber nur die objektive Seite des Delikts, in dessen Begehung der Verletzte eingewilligt hat, gesehen. Schon Breithaupt[10]) unter Hinweis auf Boehlau[11]) und Jarcke[12]) berücksichtigt die Bedeutung, die die Einwilligung auf den Vorsatz des Täters hat, ja, er sieht den Grund der Tatsache, daß der Satz volenti non fit iniuria überhaupt zur Anwendung kommt, darin, daß der dolus des Täters ausgeschlossen wird, und er hält diese Auffassung für die allgemeine Grundlage für die strafrechtliche Wirksamkeit dieses Satzes. Es ist allerdings nicht einzusehen, warum Breithaupt n u r die innere Tatseite als entscheidend für die unrechtsausschließende Bedeutung der Einwilligung hält. Vielmehr hat die Einwilligung subjektive und objektive Wirkungen.

Was an der Ansicht Breithaupt so interessant ist, ist der Umstand, daß er den verbrecherischen Willen des Täters in den Vordergrund stellt. Die nationalsozialistische Anschauung vom Strafrecht fordert nicht, wie im allgemeinen das geltende Recht, zur Begründung der vollen Strafbarkeit eines verbrecherischen Verhaltens den Eintritt des erstrebten und vorausgesehenen Erfolges, sondern macht die Straffolge von dem Wirken des Täters, wie es von ihm gewollt ist, nicht von den Auswirkungen seines Handelns abhängig. Heute steht man auf dem Standpunkt, daß der Wille am Anfang aller Dinge steht[13]), während die Strafrechtsauffassung, die von wenigen Ausnahmen abgesehen

---

gänzung zum Olshausen'schen Kommentar, § 226 a, Anm. 3; L. Schäfer-Richter-Schafheutle, Die Strafgesetznovellen von 1933 u. 34, § 226 a, Anm. 3; E. Schäfer-v. Dohnanyi, Nachtrag Frank, § 226 a, II, 2, c; Engisch ZStW Bd. 58, S. 37 RGE in Zivilsachen Bd. 151, S. 355 für die Verweigerung der Einwilligung.

10) a. a. O. S. 24.

11) volenti non fit iniuria, Goldt.Arch. Bd. 5, S. 492.

12) Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf die Bestimmungen des preußischen, österreichischen, baierischen und französischen Gesetzgebung. I. Teil, S. 109.

13) Freisler in der Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, S. 70.

die Literatur bis zur nationalsozialistischen Erhebung beeinflußt hat, die Tat in das Zentrum der Betrachtung setzt, aber das Ursprüngliche, was die Tat hervorbringt, den Willensschluß des Täters, in den Hintergrund treten läßt[14]). Das kommende nationalsozialistische Strafrecht wird von dem Grundgedanken ausgehen, daß für die Strafwürdigkeit des menschlichen Handelns der verbrecherische Wille des Täters entscheidend ist. Weiß nun der Täter bei der Begehung einer Tat, in die der Verletzte eingewilligt hat, nichts von der vorliegenden Einwilligung, so ist die Handlung des Täters sittlich verwerflicher, als wenn ihm die Einwilligung bekannt war; ja, sie ist ebenso verwerflich und ihre innere Tatseite entspricht dem Fall, wenn die Tat wider den Willen — also ohne die Einwilligung — des Verletzten begangen worden wäre. Die sittliche Bewertung dieser Tat steht also einer gewöhnlichen Tat ohne Einwilligung gleich. Ist dem Täter eine erteilte Einwilligung unbekannt, so wollte er demnach eine Tat, in die nicht eingewilligt worden ist. Da das zukünftige Strafrecht nicht den Erfolg, sondern die Betätigung des verbrecherischen Willens, auch wenn es nicht zur Vollendung der Tat gekommen ist, als das Strafwürdige ansieht, ist der Täter ebenso strafbar, wie wenn keine Einwilligung vorgelegen hätte. Dementsprechend muß die Einwilligung, soll sie den Vorsatz des Täters und damit die Strafbarkeit einer Tat ausschließen, dem Täter bekannt sein. Von der Einwilligung Kenntnis nehmen kann der Täter aber nur, wenn die Einwilligung nach außen in Erscheinung getreten ist. Das geschieht nur durch eine Erklärung.

Es ergibt sich also die Folgerung: Soll die Einwilligung die Strafbarkeit der Handlung des Täters aufheben, so muß sie erklärt werden. Zugleich wird damit die Frage nach dem oft bestrittenen Erfordernis, ob der Täter von der Einwilligung Kenntnis haben müsse, bejaht.

Aus dieser Untersuchung folgt auch, daß nur eine vor der Tat erteilte Einwilligung den Täter von Strafe befreien kann, wie wohl kaum bestritten sein dürfte. Denn der Täter weiß ja von der nach der Tat erklärten Einwilligung bei Begehung der Tat nichts, sein Wille war also auf eine verbotene Tat gerichtet, und da dieser Wille, wenn er zur Betätigung gekommen ist, strafwürdig ist, kann eine nach der Tat erteilte Einwilligung keine unrechtausschließende Kraft haben. Diese Ansicht läßt sich auch auf andere Art belegen, ohne daß man den subjektiven Gesichtspunkt heranzieht. Keßler bemerkt treffend[15]), daß nur das Interesse, das schon aufgegeben war, nicht verletzt werden kann. Eine spätere Preisgabe kann die einmal erfolgte Verletzung

14) Nur die Rechtsprechung unter Führung des Reichsgerichts hielt trotz stärkster Anfechtungen der Wissenschaft beim Versuch an einer streng subjektiven Auffassung fest, wo der deliktische Wille des Täters zur Berücksichtigung kam.

15) Die Einwilligung, S. 104.

nicht mehr rückgängig machen. Vielmehr habe die nachträgliche Einwilligung den Charakter einer privatrechtlichen Verzeihung, die für die Strafbarkeit der Tat unbeachtlich ist. Überhaupt ist es eine der grundsätzlichen Regeln der Rechtfertigungslehre, daß das Recht oder Unrecht einer Tat im Augenblick der Tat feststehen muß und nicht nachträglich entschieden werden kann[16]). Die Einwilligung muß also vor der Tat erklärt sein.

Sie muß aber auch noch bei Begehung der Tat andauern. Diese Frage steht in engem Zusammenhang mit der Widerruflichkeit der Einwilligung. Da die Einwilligung keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat, daher keine Rechte und Pflichten begründet, also unverbindlich ist, kann sie nach Belieben widerrufen werden[17]), denn wie durch den Willen des Rechtsgutsträgers dem anzugreifenden Rechtsgut die Tauglichkeit, es zu verletzen, genommen werden kann, kann diese Eigenschaft wegen der Unverbindlichkeit der Einwilligung nach dem Willen des Rechtsgutinhabers wieder aufgehoben werden. Weil nun durch die Einwilligung das Interesse an einem Rechtsgut aufgehoben wird, Rechtsgüter aber heute wertlos und morgen von besonderem Interesse sein können, wird es häufig vorkommen, daß eine erteilte Einwilligung zurückgenommen wird. Dann ist jede nach der Zurücknahme begangene Tat nicht mehr durch die Einwilligung gerechtfertigt. Allerdings muß das Aufhören der Einwilligung erkennbar sein, denn dem Täter kann die Zurücknahme der Einwilligung, von der er nichts weiß, nicht zugerechnet werden. Sage ich heute zu jemanden, er dürfe mir eine Einspritzung machen, um mir das Rauchen abzugewöhnen, und er tut es nach einem halben Jahr, wenn ich längst nicht mehr an die Spritze denke, weil ich die Absicht, das Rauchen zu lassen, aufgegeben habe, dann dürfte es für den anderen klar sein, daß ich die Einwilligung nicht mehr aufrechterhalte, sondern daß sie widerrufen ist. Macht er dennoch eine solche Injektion, so kann er sich nicht mehr auf die vormals erteilte, inzwischen aber widerrufene Einwilligung berufen.

Über die Form der Einwilligung, soweit man überhaupt eine erklärte Einwilligung verlangt, bestand Einverständnis, daß neben der ausdrücklichen Erklärung auch eine konkludente Handlung des Einwilligenden, die die Einwilligung kundtut, zuzulassen ist. Wenn bei einem Verkehrsunfall eine eilige Bluttransfusion notwendig ist und ein geeigneter Blutspender zufällig zugegen ist, so ist es gleichgültig, ob er seine Einwilligung in die Blutentnahme dadurch zeigt, daß er seinen Arm entblößt und zum Einstich der Kanüle hinreicht, oder ob

16) Mezger, G.S. Bd. 89, S. 279.

17) A. A. Zitelmann, Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 99, S. 46; Binding, Handbuch I, S. 713; die dort angeführten Beispiele sind vermögensrechtlicher Art und haben mit der strafrechtlichen Einwilligung als Rechtsfertigungsgrund nichts zu tun.

er ausdrücklich sagt, ich bin zur Blutentnahme bereit und mit ihr einverstanden. Auch Stillschweigen kann als schlüssige Handlung einer Einwilligung sein, während ein bloßes Zulassen im allgemeinen nicht als Einwilligung aufzufassen ist, da aus einem teilnahmslosen Geschehenlassen eine Stellungnahme des Betroffenen in Richtung einer Einwilligung nicht zu erblicken ist. Wenn sich A im Keulenzielwurf übt und dabei auf eine Reihe aufgestellter Flaschen wirft und B sich anschickt, auch auf die Flaschen zu werfen, indem er eine Keule aufhebt und zum Wurf ausholt, so kann in der Tatsache, daß A schweigend zusieht, sowohl der Ausdruck einer Einwilligung in das Tun des B liegen, wie es auch duldende Resignation sein kann. In dem einen Falle liegt stillschweigende Einwilligung vor, und die Tat wäre gerechtfertigt, im anderen Falle ist keine Einwilligung erteilt, und B hätte sich wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht. Wann eine stillschweigende Einwilligung oder ein bloßes Geschehenlassen vorliegt, hängt von der Sachlage des Einzelfalles ab und kann hier nicht näher beurteilt werden. Läßt der Verletzte den Angriff auf sein Rechtsgut nur aus Furcht zu, widerspricht er nicht, oder leistet er keinen Widerstand, weil er bedroht ist, oder sich in einer Zwangslage befindet, so ist aus diesem Grunde schon keine konkludente Einwilligungshandlung anzunehmen[18]).

Zur Erteilung der Einwilligung ist, wie das Wort schon sagt, der Wille des Einwilligenden erforderlich. Da dieser Wille rechtliche Folgen haben soll, nämlich die an sich verbotene Tat zu rechtfertigen, muß dieser Wille rechtlich relevant sein. D. h., soll die Einwilligung eine Tat rechtfertigen, so muß der Einwilligende willensfähig sein. Die Einwilligung eines unzurechnungsfähig Geisteskranken oder eines kleinen Kindes kann daher nicht wirksam sein. Wann nun dem Willen des Einwilligenden eine solche rechtliche Bedeutung beizumessen ist, daß er wirksam rechtliche Handlungen und Geschäfte vornehmen kann, beurteilt der Gesetzgeber je nach Lage der Dinge verschieden. Z. B. fordert er auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts zur unbeschränkten Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Handlungen das Alter von 21 Jahren, in gewissen Fällen wirksam ist auch das Handeln der 7—21 Jährigen (Minderjährigen). Kinder unter 7 Jahren und Geisteskranke sowie diejenigen, die sich einem die freie Willensbetätigung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, sind nicht geschäftsfähig. Den Minderjährigen steht in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit gleich derjenige, der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, oder gemäß § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist. Mit 18 Jahren gibt

---

18) Selbst eine ausdrücklich abgegebene Einverständniserklärung wäre keine wirksame Einwilligung, weil die Einwilligung freiwillig erteilt sein muß. Siehe Eingehenderes darüber unten S. 51 ff.

das Strafrecht (§ 65 StGB) dem Verletzten die Befugnis, selbständig einen Antrag auf Bestrafung des Täters zu stellen und berücksichtigt so den Willen auf Verfolgung und Bestrafung der Tat. Auch aus den Bestimmungen über die unzüchtigen Handlungen mit Jugendlichen und über die Verführung lassen sich gewisse Schlüsse ziehen, bei welchem Alter der Gesetzgeber die Einwilligung der Jugendlichen für wirksam hält. Hatte das bisherige Recht unzüchtige Handlungen mit Kindern unter 14 Jahren schlechthin für strafbar erklärt, so sollte das Schutzalter nach den Ergebnissen der ersten Lesung des Entwurfs auf 15 Jahre heraufgesetzt werden[19]), jedoch hat die Kommission in der zweiten Lesung die bisherige Altersgrenze von 14 Jahren beibehalten[20]). Damit ist also die Einwilligung Jugendlicher unter 14 Jahren in unzüchtige Handlungen grundsätzlich unbeachtlich. Bei der Verführung liegt das Alter, bis zu dem die Einwilligung des Mädchens in die Beischlafsvollziehung unerheblich ist, bei 16 Jahren. Darüber hinaus ist der Schutz der weiblichen Ehre dem Willen der Frau selbst überlassen.

Wie aus diesen Beispielen ersichtlich ist, beurteilt der Gesetzgeber die Bedeutung der Handlungen als Willensbetätigungen für das Recht in mannigfacher Weise. Da für die Einwilligung keine ausdrückliche Regelung vorhanden ist, muß sie den Grundgedanken des Rechts, wie sie in den angeführten Bestimmungen zum Ausdruck kommen, entnommen werden.

Wenden wir uns zunächst der Frage zu, welches Alter der Einwilligende haben muß, um wirksam einwilligen zu können, so stellen wir fest, daß in den vielen Arbeiten über die Erfordernisse der Einwilligung fast ebenso viele Lösungsversuche gemacht worden sind. Einfach ist die Beantwortung der Frage natürlich für die Vertreter der Zitelmann-Frank'schen Rechtsgeschäftstheorie. Sie wendet die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsfähigkeit vorbehaltlos an und verlangt Volljährigkeit des Einwilligenden. Schon Keßler[221]) wehrte sich gegen das „Hereinziehen zivilrechtlicher Begriffe". Natürlich können durch Rechtsgeschäfte Veränderungen des Rechtszustandes hervorgerufen werden, welche Verbrechensmöglichkeiten ausschließen, die ohne die Einwilligung vorliegen würde. Z. B. wird beim Diebstahl die Tatbestandsmäßigkeit aufgehoben, durch die Einwilligung verliert der Diebstahl seinen deliktischen Charakter und wird zu einem Rechtsgeschäft, das auf Übertragung des Besitzes oder auch des Eigentums gerichtet ist. Die Gültigkeit solcher Rechtsgeschäfte richtet sich allerdings nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Ausnahmsweise kann die Einwilligung auch als Rechtfer-

19) Graf Gleispach in D. k. D. StR. bes. Teil, 1. Aufl. S. 122.
20) derselbe in der 2. Aufl. S. 201.
21) Die Einwilligung, S. 102.

tigungsgrund in Bezug auf das Alter gleichen Erfordernissen unterliegen wie zivilistische Rechtsgeschäfte. Der einzige Fall dürfte wohl die Sachbeschädigung sein, wenn z. B. ein minderjähriger Eigentümer einer Sache in ihre Zerstörung oder Beschädigung einwilligt. Da dieser die Sache nicht wirksam veräußern oder derilinquieren kann, widerspricht es dem Grundgedanken des Rechts, den Minderjährigen vor Vermögensverlusten zu schützen, wenn man zuläßt, daß der vorbeugende Schutz des Strafrechts durch seine rechtfertigende Einwilligung aufgehoben werden könnte. Von Bar[22]) bringt ein heute allerdings nicht mehr ganz zutreffendes Beispiel: Soll ein etwa 16jähriger sozialer Schwärmer der Verwüstung des ihm gehörigen Waldes den Bewohnern der in der Umgebung liegenden Orte gegen den Willen des Vormunds mit der Wirkung erlauben können, daß die Täter nicht bestraft werden könnten? Abgesehen von der Tatsache, daß der deutsche Wald wertvollstes Volksgut darstellt, dessen Zerstörung wegen seiner Schädigung der volkswirtschaftlichen Interessen dem gesunden Volksempfinden widersprechen würde und daher die Tat wegen des Verstoßes gegen die guten Sitten nicht gerechtfertigt sein würde, müßte auch aus dem Grunde, daß der minderjährige Eigentümer nach Sinn und Zweck der Rechtsordnung nicht in der Lage sein darf, sich so des rechtlichen Schutzes zu entledigen und dadurch sein Vermögen zu beschädigen, seine Einwilligung unwirksam sein.

Aber aus der Tatsache, daß bei gewissen vermögensrechtlichen Vorgängen die wirksame Einwilligung Vorschriften unterliegt, die den bürgerlich-rechtlichen über die Geschäftsfähigkeit entsprechen, kann nicht allgemein geschlossen werden, daß die Gültigkeit der Einwilligung wie die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte von der Mündigkeit des Betreffenden abhängig ist. Oder sollte etwa ein entmündigter Verschwender nicht in der Lage sein, seine Einwilligung in eine Heilbehandlung wirksam zu erteilen? Eine Anwendung von zivilrechtlichen Sätzen würde zu solchen eigenartigen, vernunftswidrigen Ergebnissen führen.

Weiter zieht man aus naheliegenden Gründen das in § 65 StGB des geltenden Rechts festgelegte Mindestalter für die Berechtigung, selbständig Strafantrag zu stellen, zur Feststellung der Altersgrenze bei der Einwilligung heran. Gerland[23]) gibt dieser Ansicht Ausdruck, wenn er schreibt, daß die Frage der lex lata gegenüber unlösbar erscheint, „wenn man nicht jenen inneren Zusammenhang mit § 65 beachtend die Frage in der weiter oben (S. 505) ausgeführten Weise mit dem Postulat des vollendeten 18. Lebensjahres beantworten will." Wendet man ein, die Einwilligung verhindere das Entstehen des Delikts, der Strafantrag seine Verfolgung, das eine sei eine materiell-

22) Gesetz und Schuld, III, S. 65, Anm. 103.
23) VDA Bd. II, S. 504.

rechtliche Norm, das andere eine prozessuale, so ist das durchaus richtig. Es besteht fraglos eine Verschiedenheit zwischen Einwilligung und Antragsrecht[24]). Dennoch bestehen gewisse Gemeinsamkeiten in der Weise, daß der Gesetzgeber dem mindestens 18 Jährigen die Beurteilung der gegen ihn gerichteten Tat zutraut, und es ja auch bei der Einwilligung darauf ankommt, daß der Einwilligende ermessen kann, welche Bedeutung für ihn die Verletzung haben wird. Aber dieser Lösungsversuch ist auch nicht befriedigend. Erstens scheint die Altersgrenze zu hoch gegriffen zu sein, insbesondere bei einem Vergleich mit den Jugendschutzbestimmungen der Sittlichkeitsdelikte, zweitens kommt hinzu, daß das neue Recht keine dem § 65 StGB entsprechende Regel über das Strafantragsrecht aufstellen wird[25]), weil „für den nationalsozialistischen Staat ein Abhängigmachen des kriminellen Vorgehens der staatlichen Anklagebehörden von dem Antrag oder Verlangen einer Privatperson und eine Bindung des Staatsanwalts an deren Entscheidung nicht tragbar erscheint." Es dürfte nicht zweckmäßig sein, aus einer Bestimmung des alten Strafgesetzbuches Schlüsse zu ziehen für eine Neuregelung, die diese Bestimmung nicht mehr aufnehmen wird, wenn auch die Ablehnung des Strafantragsrechtes nicht gerade mit der hier zur Debatte stehenden Frage des Mindestalters des Einwilligenden zusammenhängt. Immerhin ist diese Möglichkeit einer konkreten Festlegung der Altersgrenze aus den beiden oben genannten Gründen auszuschalten. Es fragt sich überhaupt, ob eine solche starre Regelung, daß man sagt, bis zum soundsovielten Lebensjahr ist die Erteilung einer Einwilligung rechtlich unbedeutend, jeder, der auch nur einen Tag älter ist, kann die Rechtswidrigkeit dieser Handlung durch seine Einwilligung ausschließen, zweckmäßig und gerecht ist. Man hat sich vielfach dafür ausgesprochen, keine feste Grenze zu ziehen, „weil bei der strafrechtlichen Einwilligungsbefugnis sich nur das Gewaltsame, nicht das Wohltätige einer solchen Fixierung fühlbar machen würde"[26]). Dieser Versuch, zu einer brauchbaren Lösung zu kommen, scheint der geeigneteste zu sein, und der Vorwurf Gerlands[27]), man wälze damit die Lösung dieses Problems nur von der Wissenschaft ab und der Judikatur zu, ist wohl zu ertragen. Die Aufgabe der Rechtsprechung ist es ja auch, festzustellen, ob ein Jugendlicher, der ein Delikt begangen hat, zur Zeit der Tat nach seiner geistigen Entwicklung fähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen und seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen; warum sollte sie nicht auch feststellen können, ob der Jugendliche bei Erteilung der Einwilligung die Bedeutung der Tat für sich beurteilen

24) Keßler, a. a. O. S. 103.
25) Ernst Schäfer, D. k. D. StR. bes. Teil, S. 565.
26) Keßler, a. a. O.
27) VDA Bd. II, S. 504.

konnte oder nicht. Eine solche Regelung hätte nicht den Nachteil der Härten und Grenzfälle einer absolut feststehenden Altersgrenze und gibt die Möglichkeit, jedem einzelnen Fall gerecht zu werden. Der Vorschlag, entsprechend § 3 des Jugendgerichtsgesetzes das Alter für die bedingte Einwilligungsfähigkeit mit dem Alter für die bedingte Strafmündigkeit zusammenfallen zu lassen, ist innerlich nicht begründet, denn dem Umstand, daß ein Jugendlicher das Ungesetzliche einer Tat einsehen und seinen Willen demgemäß bestimmen kann, muß nicht die Tatsache entsprechen, daß ein Jugendlicher die Bedeutung einer Handlung und ihre Folgen für sich und seine Rechtsgüter richtig beurteilen kann[28]). Vielmehr sollte sich ein Jugendlicher leichter ein Bild von den Folgen einer Einwilligung in einen Angriff gegen sich selbst machen können, als das Ungesetzliche einer Tat einsehen, denn Dinge, die ihn selbst betreffen, wird er viel eher beurteilen können, als wenn es sich um einen Angriff durch ihn auf einen anderen handelt.

Allerdings sollte nach Vollendung des 18. Lebensjahres, dem Beginn der unbeschränkten Strafmündigkeit, die Einwilligung grundsätzlich wirksam sein, mit der Ausnahme[29]), daß bei den Vermögensdelikten, die durch die Einwilligung rechtsgeschäftsähnliches Gepräge bekommen, den Vorschriften des Zivilrechts entsprechend, volle Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden gefordert werden muß. Mit diesem Alter ist jedem geistig gesunden und strafrechtlich verantwortlichen Menschen ausreichendes Verständnis für die Nachteile einer gegen ihn gerichteten Handlung zuzusprechen. Auch das Erbgesundheitsrecht läßt in art. 3 der 4. D.V. zum Sterilisationsgesetz das Verständnis des Einwilligenden für die Bedeutung der Maßnahme entscheidend sein. Damit hat der Gesetzgeber auf die Fähigkeit abgestellt, ob der Einwilligende übersehen kann, inwieweit sich die Handlung, in die er einwilligt, für ihn auswirkt. Das gilt aber auch über die Reichweite des Erbgesundheitsgesetzes hinaus. Der Einwilligende muß sich auch in anderen Fällen, in denen einer an sich strafbaren Handlung gegen seine Interessen den deliktischen Charakter durch seine Einwilligung genommen werden soll, ein Urteil darüber bilden können, ob die Tat ihm irgendwie Schaden bringt, oder ob die Schädigung durch Vorteile wieder ausgeglichen werden, oder diese sogar derartig überwiegen, daß ein Nachteil gern in Kauf genommen wird. Diese Abwägung der Umstände, des Für und Wider der Handlung, in die der Verletzte einwilligt, vorzunehmen, muß der Einwilligende in der Lage sein; kurz er muß sich von den Auswirkungen und Folgen der Tat für sich und sein Wohl ein klares Bild machen können. Mit dem Eintritt der unbedingten Strafmündigkeit, von wann an der Gesetzgeber von jedem

28) So Gerland, VDA Bd. II, S. 504; a. A. Finger, Lehrbuch Bd. 1, S. 417 ff.
29) Siehe oben S. 43 f. des Textes.

geistig normalen Menschen annimmt, daß er das Ungesetzliche der Straftat einsehen kann, wird die primitivere Fähigkeit, die Bedeutung der Handlung eines anderen gegen sich selbst zu beurteilen, umso eher ausgebildet sein. Ist also der Einwilligende 18 Jahre oder darüber, so ist seine Einwilligung — abgesehen von der genannten Ausnahme — grundsätzlich wirksam.

Die Altersgrenze nach unten hin festzulegen, besteht kein Bedürfnis. Daß ein 5jähriges Kind diese Fähigkeit nicht hat, ist klar. Ein frühentwickelter 13jähriger Junge kann dazu in der Lage sein, und warum sollte er nicht darin einwilligen können, daß sein strafmündiger Freund mit ihm boxt und ihn dadurch verletzt oder der Schularzt ihm eine Blutprobe entnimmt?[30]) Dagegen kann sein Verlangen, getötet zu werden, nicht als Strafmilderungsgrund im Sinne des § 216 StGB gelten, weil er dazu noch nicht die nötige Reife hat. Es kommt also darauf an, daß der jugendliche Verletzte die nötige Urteilskraft gehabt hat, die Bedeutung der Verletzung zu werten, und daß die Einwilligung auch seinem wirklichen Willen entsprach[31]). Liegen diese Voraussetzungen bei der Erteilung der Einwilligung vor, so ist diese wirksam.

Wie steht es aber in denjenigen Fällen, in denen der Verletzte selbst nicht wirksam einwilligen kann, weil ihm die Fähigkeit fehlt, die gegen ihn gerichtete Handlung zu beurteilen, sei es wegen seines jugendlichen Alters, sei es wegen einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit? Kann hier ein anderer für ihn die Einwilligung erteilen? Es wird also die Frage nach der Stellvertretung bei der Einwilligung aufgeworfen. Hier ist zwischen der gesetzlichen und gewillkürten Stellvertretung zu unterscheiden[32]).

Was die gewillkürte Stellvertretung anbetrifft, so wird sie vielfach ohne weiteres abgelehnt, wohl weil man nur die Interessen höchstpersönlichen Charakters im Auge hat. Richtig ist das in den oben angedeuteten Fällen, wo der Verletzte wegen Geisteskrankheit oder seiner Jugend nicht selbst einwilligen kann; ebensowenig kann er natürlich auch einen Stellvertreter wirksam bevollmächtigen. Daß eine gewillkürte Stellvertretung bei der Erteilung der Einwilligung in die Verletzung höchst persönlicher Rechtsgüter wie Körper oder Ehre undiskutabel ist, liegt auf der Hand. Die oben abgelehnte Rechtsgeschäftstheorie muß sie auch hier konsequenterweise zulassen[33]). Dagegen ist sie für vermögensrechtliche Delikte durchaus denkbar, sei es,

30) Letzteres Beispiel von Traeger in G.S. Bd. 94, S. 150.

31) Ausführliches bei Willensmängeln, S. 51 des Textes.

32) Mit der gewillkürten Stellvertretung ist nicht zu verwechseln die bloße Übermittlung einer Einwilligungserklärung. Dabei handelt nicht ein Stellvertreter, sondern ein Bote. Dieser Fall ist selbstverständlich zuzulassen. Hier steht die Vertretung im Willen in Frage.

daß die Einwilligung tatbestands- oder unrechtausschließende Wirkung hat. Kann der Einwilligende einen anderen zivilistisch zu vermögensrechtliche Dispositionen, z. B. Schenkung, Deriliktion bevollmächtigen, so wäre es ein Widerspruch gegenüber dem Zivilrecht, wenn das nicht auch in Bezug auf die strafrechtliche Einwilligung z. B. in einem Diebstahl oder eine Sachbeschädigung möglich sein sollte, weil der Erfolg für den Rechtsgutträger gleich ist. Hier nimmt die Einwilligung rechtsgeschäftlichen Charakter an, und eine gewillkürte Stellvertretung bei ihrer Erteilung ist in solchen Fällen zulässig[34]).

Wie schon bemerkt, kann die gewillkürte Stellvertretung bei der Erteilung einer Einwilligung in eine Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter wegen ihres höchstpersönlichen Charakters nicht zugelassen werden. Dagegen ist die gesetzliche Stellvertretung geradezu unerläßlich in Fällen, in denen der Betreffende wegen seiner Jugend oder vorliegender Geisteskrankheit selbst keine wirksame Einwilligungserklärung abgeben kann, eine Einwilligung aber notwendig ist. Lagen früher keinerlei positive Anhaltspunkte vor, nach denen man sich für die Entscheidung dieser Frage richten konnte[35]), so ist heute im art. 3 der 4. D.V. zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 18. 5. 35 und art. 1 der 5. D.V. vom 25. 2. 36 die Zulässigkeit der Stellvertretung bei der Abgabe der Einwilligungserklärung positiv geregelt. Da nach art. 3 der 4. D.V. grundsätzlich die Einwilligung zur Schwangerschaftsunterbrechung und zur Unfruchtbarmachung oder Entfernung der Keimdrüsen von demjenigen zu erklären ist, an dem der Eingriff vorgenommen werden soll, und da, wenn gemäß art. 1 der 5. D.V. die Unfruchtbarmachung einer Frau zum Zwecke der Verhütung erbkranken Nachwuchses durch Strahlenbehandlung erzielt werden soll, die Einwilligung der Frau erforderlich ist, und wenn nach Ansicht des Amtsarztes demjenigen, an dem die Maßnahme vorgenommen werden soll, ihre Bedeutung nicht verständlich gemacht werden kann, ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder des Pflegers erforderlich. Für diese wichtige Materie der Rassenpflege durch eugenischen Eingriff herrscht also nun Klarheit. Alle diejenigen Patienten, die wegen Schwachsinns, sonstiger Geistesstörung oder wegen ihrer jugendlichen Unerfahrenheit[36])

33) Zitelmann, a. a. O. S. 62.

34) Joski, Die Einwilligung ... S. 23 läßt eine Stellvertretung überhaupt nicht zu, während andere (Gerland, a. a. O. S. 504; v. Bar, a. a. O. S. 79 f.) die gesetzliche Stellvertretung und die zum Teil auch nur beschränkt gelten lassen.

35) Allein die allerdings zivilrechtlichen Bestimmungen des § 1621 und 1793 BGB, nach denen der Vater bzw. der Vormund berechtigt und verpflichtet ist, für Person und Vermögen des Kindes bzw. Mündels zu sorgen, geben eine gewisse Richtlinie.

36) Daß auch das jugendliche Alter der Grund sein kann (Kinder unter 10 Jahren kommen allerdings nicht in Frage, vgl. art. 1, Abs. 3 der 1. D.V. zum

nicht begreifen können, um was es sich bei der Durchführung der Schwangerschaftsunterbrechung, Unfruchtbarmachung oder Entfernung der Keimdrüsen handelt und welche Bedeutung und Folgen diese Maßnahmen für sie selbst wie für die Allgemeinheit haben, können natürlich keine wirksame Einwilligung abgeben, da von einer Willensübereinstimmung dann natürlich nicht die Rede sein kann, wenn der eine Teil sich überhaupt kein Bild von dem machen kann, was der andere will. Da aber gerade in solchen Fällen die Sterilisation oder Kastration wegen der Verhinderung geistig gleich minderwertiger Nachkommenschaft (abgesehen von dem Fall, wo wegen des jugendlichen Alters die Maßnahme nicht verständlich gemacht werden kann) sehr wichtig ist, der Staat aber aus den weiter oben angegebenen Gründen nicht auf die Einwilligung des Betroffenen verzichten will[37]), war eine Sonderregelung notwendig. Dabei hat man, wie sehr nahe liegt, den auch im sonstigen Rechtsverkehr für den nicht oder nicht voll rechtlich Handlungsfähigen Auftretenden, den gesetzlichen Vertreter oder Pfleger herangezogen. Dieser hat also an Stelle desjenigen, an dem der Eingriff vorgenommen wird, für diesen die Einwilligung zu erteilen. Aus dieser Bestimmung lassen sich gewisse Rückschlüsse auf die gesetzliche Stellvertretung bei der Einwilligung in andere Handlungen ziehen.

Als praktisch am wichtigsten wird eine Nutzanwendung diese Regelung des Erbgesundheitsrechtes für die Heilbehandlung sein. In den Abschnitt Angriffe auf die persönliche Freiheit wird bezüglich eigenmächtiger Heilbehandlung folgende Bestimmung aufgenommen werden[38]): „Wer einen anderen ohne seine Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder Haft bestraft. Ebenso wird der Arzt bestraft, der eine ärztlich gebotene Abbrechung der Schwangerschaft oder Tötung eines in der Geburt befindlichen Kindes ohne Einwilligung der Schwangeren und ohne die erforderliche Zustimmung der zuständigen Gutachterstelle vornimmt. ..."

Hier hat die Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung. Ist nun aber der Patient aus Gründen mangelnder geistiger Fähigkeiten wegen seiner Jugend oder seines krankhaften Geisteszustandes nicht in der Lage, selbst eine wirksame Einwilligung zu erteilen, so war

---

Erbgesges. vom 5. XI. 33), daß demjenigen, an dem der Eingriff vorgenommen werden soll, die Bedeutung der Maßnahme nicht verständlich gemacht werden kann, geht aus dem Vergleich mit art. 1 der 5. D.V. vom 25. II. 36 hervor. Dort, wo es sich nur um Frauen nicht unter 38 Jahren handelt, ist hinzugefügt, daß die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters dann erforderlich sei, wenn der Frau wegen ihres krankhaften Geisteszustandes die Bedeutung der Maßnahme nicht verständlich gemacht werden kann.

37) S. 43.

38) Siehe Gürtner-Freisler, Das neue Strafrecht, grundsätzliche Gedanken zum Geleit, S. 48.

schon bisher anerkannt, daß die in einem Heilverfahren liegende Körperverletzung insoweit der objektiven Rechtswidrigkeit entbehrt, als der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung zur Vornahme der Behandlung gegeben hatte (RGE Bd. 36, S. 35, auch RGE Bd. 25, S. 375 ff). Wenn die Rechtsprechung auch heute noch die ärztliche Heilbehandlung als Körperverletzung, die nur durch die Einwilligung des Patienten oder seines Vertreters gerechtfertigt wird, ansieht, so wird im kommenden Recht ausdrücklich betont werden, daß Eingriffe und Behandlungsweisen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, keine Körperverletzungen sind. Da sie aber als eigenmächtige Heilbehandlung unter dem Gesichtspunkt der Freiheitsberaubung bestraft werden können, wenn keine Einwilligung erteilt wurde, so muß bei solchen Patienten, die nicht wirksam einwilligen können, auch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder des Pflegers genügen. Diese Ansicht würde auch bei der veränderten Anschauung über die eigenmächtige Heilbehandlung als besonders geartete Freiheitsberaubung der Auffassung der Judikatur entsprechen, die so dringenden Bedürfnissen abgeholfen hat.

Weniger bedeutungsvoll ist die Frage nach der Stellvertretung bei der Erteilung der Einwilligung für die Körperverletzung. Hauptsächlich handelt es sich doch hier um die kleinen Körperverletzungen des Alltags, wie haarschneiden, manikürен, kosmetische Eingriffe, Sportverletzungen usw. Hier sollte der gesetzliche Vertreter auch befugt sein, für den Fall, daß der Verletzte nicht selbst wirksam einwilligen kann, die Einwilligung zu erteilen. Die Gefahr, daß man den Vertretenen dem Vertreter gegenüber rechtlos machen würde[39]), wird nicht auftreten, denn nur wenn die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters dem Interesse seines Schutzbefohlenen entspricht, ist sie nämlich wirksam, da sie andernfalls dem gesunden Volksempfinden als maßgeblich für die guten Sitten zuwiderlaufen würde und deshalb unerheblich ist, „denn die Einwilligung kann strafrechtlich nur von Bedeutung sein, wenn sie einem vom Strafrecht anerkannten guten Willen entspringt. Ein Wille aber, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, wird vom Recht nicht anerkannt"[40]). Der Beweis für die Behauptung, die gesetzliche Stellvertretung für die Einwilligung in eine Körperverletzung sei untragbar, den Mannheimer[41]) mit folgendem Beispiel zu erbringen sucht, muß als mißglückt angesehen werden. Wenn er annimmt, daß auf Grund der Tatsache, daß in gewissen Kreisen des Volkes die Meinung verbreitet sei, ein mit Gonorrhoe behafteter Mann verliere sie durch Geschlechtsverkehr mit einem keuschen Mädchen, ein solcher Mann dem gesetzlichen Vertreter eines

39) Gerland, VDA, Bd. II S. 505.
40) RGJW 1928, S. 2229, 31. Siehe auch oben, S. 19 ff.
41) Die Einwilligung in eine Körperverletzung, Diss. Heidelberg 1911, S. 37.

minderjährigen, unschuldigen Mädchens Geld bietet, und dieser, obwohl er davon weiß, daß der Mann derartig krank ist, in den Geschlechtsverkehr einwilligt, so ist dieses Einverständnis garnicht geeignet, rechtfertigende Wirkung hervorzubringen, weil es auf das gröbste den guten Sitten widerspricht. Das würde in jedem Falle, wo die Tat im Ganzen gesehen dem Verletzten Schaden zufügt, ebenso sein. Aber sollte der Juwelier, der einem kleinen Mädchen auf Wunsch seiner Eltern die Ohrläppchen durchsticht, um Ohrringe einzuhängen, sich einer strafbaren Körperverletzung schuldig gemacht haben? Solche und ähnliche Fälle lassen sich doch nur auf Grund der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters rechtfertigen. Darum scheint es angebracht, bei der Erteilung der Einwilligung in eine Körperverletzung die gesetzliche Stellvertretung zuzulassen. Die Möglichkeit, daß der Vertretene der baren Willkür des Vertreters preisgegeben sei, ist doch durch die Unwirksamkeit einer gegen die guten Sitten verstoßenden Einwilligung ausgeschlossen.

Daß eine Stellvertretung beim Verlangen der Tötung nicht in Frage kommt, ist so selbstverständlich, daß darüber nicht zu reden ist.

Die Regelung des Erbgesundheitsgesetzes, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in gewissen Fällen zuzulassen, auch auf das Gebiet der Ehrverletzungen zu übertragen, wäre völlig abwegig. Die Verletzung der körperlichen Integrität stellt sich als Eingriff in ein materielles Rechtsgut, der Angriff auf die Ehre als eine Verletzung eines ideellen Rechtsgutes dar. Insoweit besteht ein nicht zu übersehender Unterschied. Aber auch die Erwägungen, die oben bei der Körperverletzung angestellt wurden, greifen hier ausschlaggebend Platz. Dort wurde darauf hingewiesen, daß in eine Tat, die dem Schutzbefohlenen zum Schaden gereicht, durch den gesetzlichen Vertreter nicht wirksam eingewilligt werden kann, da eine solche Einwilligung wegen ihrer Unsittlichkeit bedeutungslos sei. Jede Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in eine Beleidigung würde ohne Frage einen Mißbrauch seiner Stellung als solcher bedeuten. Eine mißbräuchliche Ausübung einer Vertretungsmacht verstößt aber gegen die guten Sitten und das gesunde Volksempfinden.

Das Ergebnis ist also folgendes: Eine Stellvertretung in der Erteilung einer Einwilligung in eine Ehrverletzung ist nicht zulässig, da eine solche Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

Vielfach wird zur Wirksamkeit der Einwilligung das Erfordernis, sie müsse freiwillig und mit vollem Verständnis der Sachlage[42]) erteilt worden sein, als selbstverständlich hingestellt, und die Frage, wie es sich mit etwaigen Willensmängeln bei der Erteilung der Einwilligung

42) v. Hippel, Lehrbuch II, S. 248; Mezger, Lehrbuch, S. 211; Allfeld, Lehrbuch, S. 143.

verhält, wird nur von wenigen berührt[43]). Auch hier sind die Regeln des bürgerlichen Rechts etwa über die Anfechtung der Willenserklärungen wegen des Vorliegens irgendwelcher Willensmängel unanwendbar[44]), da die Einwilligung kein zivilistischer Begriff ist, und umsoweniger, als im bürgerlichen Recht die Anfechtung einer Willenserklärung auf der Rücksicht für die Sicherheit nachheriger auch stillschweigender Genehmigung beruht. Im Straftrecht spielt dieser Gesichtspunkt keine Rolle, hier erfordert im Gegenteil die Sicherheit, die durch die Strafnormen gegen Verletzungen gewährleistet werden soll, daß jeder Umstand, der möglicherweise die Einwilligung ausschließt, berücksichtigt werde[45]). Eine Einwilligung, die auf Zwang, Drohung, Täuschung oder Irrtum beruht, ist daher nicht anfechtbar, sondern schließt unheilbar die rechtfertigende Wirkung aus. Gehen wir dem im einzelnen nach.

Gewalt ist eine Kraftanstrengung zur Überwindung eines Widerstandes[46]), die als absolute die eigene Willensbetätigung oder -entschließung des Angegriffenen ausschließt, oder als kompulsive auf den Willen der Person einwirkt. Nach dieser Definition ist es klar, daß hier von einer Einwilligung nicht gesprochen werden kann, weil entweder gar kein, oder doch nicht der wahre Wille zur Entfaltung kommt. Das ist auch der Fall bei der Drohung. Unter Drohung versteht man das Inaussichtstellen eines Übels, dessen Vorstellung die freie Willensbestimmung des Bedrohten auszuschließen oder einzuengen geeignet ist[47]). Wenn es also auf Grund von Zwang oder der Androhung eines Übels nicht zu einer Willensbildung kommen kann, die dem inneren wahren Wollen des Verletzten entspricht, so liegt keine wirkliche Einwilligung vor.

Wenden wir uns nun der Einwilligung bei Anwendung einer List oder Täuschung zu. Einfach ist die Sache, wenn der Verletzte die List oder Täuschungshandlung durchschaut hat. Willigt er trotzdem ein, so ist allerdings eine Einwilligung erteilt. Sie schließt wie im Normalfall die objektive Rechtswidrigkeit aus, da sie ja garnicht auf einem Willensmangel beruht. Aber da der Täter nicht weiß, daß seine List erkannt ist und daher das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung nicht kennt, ist er wegen der Betätigung seines verbecherischen Willens zu bestrafen. Nicht so eindeutig klar ist die Lage bei einer Einwilligung, die auf einer gelungenen Täuschung oder Anwendung von List beruht. Auf den ersten Anschein könnte man eine solche Ein-

43) Köhler, Lehrbuch, S. 416; Mezger, Lehrbuch, S. 211.
44) So auch ausdrücklich das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 41/392 (96).
45) v. Bar, a. a. O. S. 64.
46) Gerland, Lehrbuch, S. 391.
47) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, S. 522.

willigung immerhin für relevant halten[48]). Das wäre falsch, denn der getäuschte Verletzte willigt garnicht in die vom Täter wirklich gewollte Tat ein, sondern er stellt sich auf Grund der angewandten List oder Täuschung eine andere Handlung vor, die nicht mit der vom Täter geplanten übereinstimmt; nicht in diese, sondern in eine in seiner Vorstellung schwebende Handlung erklärt er sein Einverständnis, während der Täter etwas ganz anderes will. Verletzter und Täter haben also zwei ganz verschiedene Handlungen im Auge. Da aber, wie sich aus dem Wort Einwilligung ergibt, der Wille des Täters und der des Verletzten gleichgerichtet sein müssen, sodaß Verletzter und Täter eines Willens sind, so kann bei Anwendung von List oder Täuschung von wirklicher Einwilligung wegen der dargelegten Divergenz von Täterwillen und Willen des Verletzten nicht die Rede sein.

Zu diesem Ergebnis, das der allseits vertretenen Meinung der Literatur entspricht[49]), kommen auch Mezger[50]) und in seiner Gefolgschaft Schrey[51]) auf Grund der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, indem sie nur ein vom guten Willen geleitetes Tun als das Objekt der Einwilligung ansehen. „In ein von Schädigungsabsicht getragenes Tun ist gar keine Einwilligung erteilt, wenn es auch auf den ersten Blick so zu sein scheint"[52]). Auch Mezger hält also die durch List oder Täuschung bewirkte Einverständniserklärung, die sogenannte erschlichene Einwilligung für keine wahre Einwilligung, die daher natürlich auch keine rechtfertigende Wirkung haben kann.

Die Tatsache, daß das Gesetz die Erregung eines Irrtums bei Vorliegen noch anderer, wesentlicher Voraussetzungen als Betrug unter Strafe stellt, regt zu der nachfolgenden Untersuchung an, ob in einer erschlichenen Einwilligung nicht ein Betrug liegen kann[53]). Betrachten wir einmal folgenden Fall:

---

48) Zu diesem Resultat gelangt Holer, a. a. O. S. 99.

49) Einzelnachweise bei Schrey, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Strafrechtliche Abhandlungen, Bd. 248, S. 56, Anm. 81.

50) G.S. Bd. 89, S. 280.

51) a. a. O. S. 59.

52) Mezger, a. a. O.

53) Der zwischen erschlichener Einwilligung und Betrug bestehende Zusammenhang fiel schon Holer, a. a. O. S. 99 auf. Er will aber jede, auch durch List oder Täuschung erlangte Einwilligung wirksam sein lassen. „Doch erhält der Täter keinen Freibrief mit der erlangten Einwilligung, mit dem versehen er das Strafrecht illusorisch zu machen vermag. Hat er nämlich die Einwilligung mit List oder Täuschung erlangt, was wohl immer zur Erlangung eines Vermögensvorteils geschehen wird, so hat er sich dadurch des Betruges schuldig gemacht und ihn trifft die Strafe dieses Verbrechens". Daß diese Ansicht nicht so allgemein aufrecht erhalten werden kann, ist klar. Erstens liegt nicht immer eine Bereicherungsabsicht vor. Auch eine Schädigung aus Rache ist denkbar. Zweitens gehört zum Betrug eine Vermögensdisposition, die zu einer Vermögensschädigung führt.

Die A wohnt auf dem Lande und hat in einem kleinen Gehege einen alten Rehbock, den sie als Kitz gefunden hat, und an dem sie sehr hängt. Als sie ihren Landhaushalt auflöst und eine Etagenwohnung in der Stadt bezieht, bekommt der Nachbar B eine Reihe wertvoller, jetzt überzähliger Möbel. Als Gegenleistung dafür hat er für den Bock, bis dieser eingeht, zu sorgen, Futter für ihn zu kaufen usw. Dem B ist diese Verpflichtung bald lästig, und er möchte davon loskommen, ohne jedoch die Möbel wieder hergeben zu müssen. Eines Tages schreibt er an die A, der Bock sei von einer Seuche befallen, um ihm unnötige Todesqualen zu ersparen, sei es besser, ihm den Gnadenschuß zu geben. Falls sie einwillige, sei er dazu bereit. Die A antwortet, unter diesen Umständen sei es ihre Pflicht, dem Tier das Leid zu verkürzen und willigt darin ein, daß B den Bock erschießt. B tötet darauf das Tier und spart dadurch weitere Mühen und Kosten.

Wenn B nun das Tier erschossen hätte, ohne daß die A eingewilligt hätte, so hätte er eine Sachbeschädigung begangen[54]). Nun hat die A ihr Einverständnis erklärt, aber dieses hat, weil es auf der arglistigen Täuschung des B beruht, nicht die rechtfertigende Wirkung einer echten Einwilligung. Daher ist die Tat des B nicht gerechtfertigt, und er hat eine strafbare Sachbeschädigung begangen.

Aber der Sachverhalt erfüllt auch den Tatbestand des Betruges. B hat die A durch die Vorspiegelung der Krankheit des Tieres arglistig getäuscht, die dadurch zur Erteilung der Einwilligung bestimmt wurde. Durch diese Handlung wurde ihr insofern ein Vermögensschaden zugefügt, als B auf Grund dessen das Reh erschossen hat. B tat das mit der Absicht, sich zu bereichern, denn er wollte damit die Ausgaben für die Haltung des Tieres sparen, die dem Vermögen der A zugute gekommen wären. Durch dieses Erlöschen des Anspruchs auf Pflege des Tieres wie durch seinen Tod ist das Vermögen der A auf Grund einer Vermögensdisposition, der Einwilligung, geschädigt.

Der Tatbestand des Betrugs liegt also auch vor. Da mehrere Strafgesetze, Betrug und Sachbeschädigung, durch ein und dieselbe Handlung, nämlich die Abgabe des Schusses, wodurch einmal eine fremde Sache beschädigt, zum anderen dem Vermögen der A ein Nachteil zugefügt wurde, verletzt worden sind, so ist Sachbeschädigung und Betrug in Tateinheit begangen. Es kommt also das Gesetz mit der schwereren Strafdrohung, nämlich die Betrugsbestimmung zur Anwendung; B wäre also wegen Betruges zu bestrafen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Anwendung von List oder Täuschung zur Erlangung der Einwilligung nicht nur nicht die Rechtswidrigkeit der betreffenden Tat ausschließen kann, wenn der

54) In dem Sachbeschädigungstatbestand des neuen Rechts wird neben der Sache ausdrücklich das Tier erwähnt. Vgl. Kohlrausch in D. k. D. StR. bes. Teil, S. 492.

Täter, um sich einen Vermögensvorteil aus dem Vermögen der Verletzten unberechtigterweise zu verschaffen, diesen arglistig getäuscht hat, und dieser auf Grund der Täuschung zu einer seinem Vermögen Nachteil bringenden Handlung bestimmt wurde, sondern unter diesen Umständen, aber auch nur unter diesen Umständen, kann die Erschleichung einer Einwilligung Betrug sein. Ein Zusammentreffen dieser Voraussetzungen dürfte aber nur bei den Vermögensdelikten möglich sein, da bei den anderen, insbesondere den hier interessierenden wie Körperverletzung und Ehrenkränkung wohl ein Vermögensvorteil erstrebt sein kann, es dagegen aber nicht zu einer nachteiligen Vermögensverfügung kommt. Immerhin ist es möglich, daß der Täter durch Anwendung von List oder Täuschung, auf Grund deren er eine — wie wir gesehen haben allerdings scheinbare — Einwilligung erlangt, wegen Betruges betraft werden kann.

Bisher wurde nur von Fällen gesprochen, in denen durch List oder Täuschung im Verletzten ein Irrtum hervorgerufen wurde. Es wurde festgestellt, daß eine so erlangte Einverständniserklärung die Widerrechtlichkeit der Tat nicht ausschließt. Beruht der Irrtum des Verletzten aber nicht auf arglistigem und auf Täuschung gerichteten Verhalten des Täters, und erteilt der Verletzte auf Grund eines solchen Irrtums eine Einwilligung, so kann das Ergebnis kein anderes sein. Auch hier stimmen Wille des Täters und Wille des Verletzten nicht überein. Beide machen sich verschiedene Vorstellungen, die die Richtung ihres Willens verschieden bestimmen. Daher kann auch hier eine wahre Einwilligung im Sinne eines Rechtfertigungsgrundes nicht erteilt sein. Der Unrechtsausschließungsgrund „Einwilligung des Verletzten" liegt also nicht vor, die Tat ist also nicht gerechtfertigt. Auch das Reichsgericht steht auf diesem Standpunkt: Wenn die Verletzte (ein Mädchen) „aus tatsächlichem Irrtum annahm, daß der Täter nicht mit derjenigen inneren Einstellung handelte, die sein Tun zu einer Ehrenkränkung für sie gemacht hätte", so ist damit das Rechtsgut Ehre noch nicht preisgegeben, wenn sie in die Handlungen des Täters einwilligte, und es liegt „mithin kein Einverständnis mit der tatsächlich zugefügten Beleidigung" vor (RGE 69, S. 378).

Dem Irrtum ist das mangelnde Bewußtsein des Verletzten von dem verletzenden Charakter der Handlung gleichzusetzen[55]), weil auch hier der Wille des Verletzten nicht mit dem Willen des Angreifers übereinstimmt, wenn ersterer nicht weiß, um was es sich handelt. Nur dann liegt eine wirkliche Einwilligung vor, wenn das Einverständnis mit dem Tun des Täters bei richtiger Würdigung des Sachverhalts durch den Verletzten und mit dem Bewußtsein für die Bedeutung seines Verhaltens als Aufgabe eines Rechtsgutes erklärt wird. Ein Fehlen

55) Beides ist ja ein Nichtkennen von Tatumständen.

dieses Bewußtseins oder eine unrichtige Würdigung dieser Sachlage ist ein Nichtkennen von Tatumständen, das dem Irrtum gleichsteht und dem Einverständnis des Verletzten mit dem Eingriff in eine Rechtssphäre die rechtfertigende Eigenschaft einer „Einwilligung" nimmt.

Doch besteht ein Unterschied zu der erschlichenen Einwilligung und der auf Irrtum beruhenden Einverständniserklärung. Hat der Täter den Verletzten getäuscht, so ist er sich klar darüber, daß der Verletzte in Wahrheit garnicht in seine Handlung eingewilligt hat, sondern auf Grund der Täuschung etwas ganz anderes im Auge hatte, in das er einwilligen wollte, er weiß also, daß in Wirklichkeit keine seinem Vorhaben entsprechende Einwilligung erteilt ist. Anders dagegen bei der Einwilligung, die auf Grund eines nicht vom Täter hervorgerufenen Irrtums erteilt wurde. Hier weiß der Täter selbst nichts von der irrigen, und daher ungültigen Einwilligung. Kann ihm aber die Erkenntnis der Widerrechtlichkeit seiner Handlung gegenüber einer Person, die die Sachlage nicht richtig zu würdigen weiß, nicht gefehlt haben, so ist das Bewußtsein des Täters von der rechtsverletzenden Art seiner Tat bejaht[56]). Wenn ihm aber der Umstand, daß das Einverständnis wegen eines Irrtums des Verletzten keine rechtfertigende Einwilligung ist, nicht zugerechnet werden kann, so befand sich der Täter selbst in einem Irrtum und ist nach den Grundsätzen der Irrtumslehre entschuldigt.

Betrachten wir rückschauend, wie sich das zukünftige Strafrecht zur Wirksamkeit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund stellen wird, so kann man sagen, daß die am Anfang aufgezeigte Ablehnung der Einwilligung für das neue Strafrecht nicht zutrifft, sondern daß es den Rechtfertigungsgrund „Einwilligung des Verletzten" übernimmt. Daß die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung bei den einzelnen Delikten durch die kollektivistische Denkweise unserer Zeit beeinflußt und eingeengt worden ist, und daß die Erfordernisse ihrer Wirksamkeit durch die Wandlung des Strafrechts in ein Willensstrafrecht sich geändert haben, ist das Ergebnis unserer Untersuchung.

56) In diesem Sinne speziell für die Beleidigung RGE Bd. 45 S. 34 (36—37).

Lebenslauf.

Ich wurde am 11. 9. 1914 in Wanne-Eickel als Sohn des Revisors Richard Cron und seiner Frau Else, geb. Carl geboren, bin arischer Abstammung und evangelischer Konfession. Nach vier Grundschuljahren und neunjährigem Besuch der städtischen Oberrealschule in Herne in Westf. erwarb ich am 11. 3. 1933 das Zeugnis der Reife. Mit dem Sommersemester 1933 begann ich meine juristischen Studien in Bonn. Im Winter 1934 ging ich für ein Semester nach Leipzig. Nach Ableistung meiner Arbeitsdienstpflicht vom 1. 4. 1935 bis 30. 9. 1935 ließ ich mich im Herbst 1935 bei der Universität Jena einschreiben, wo ich bis Ende des Sommersemesters 1937 studierte. Am 11. 12. 1937 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Jena mein Referendarexamen ab. Im Sommer 1938 bearbeitete ich unter Leitung von Herrn Professor Hellmuth von Weber das Thema „Die Einwilligung im kommenden Strafrecht" und unterzog mich am 20. 12. 1938 der mündlichen Promotionsprüfung.

Heinzrichard Cron.